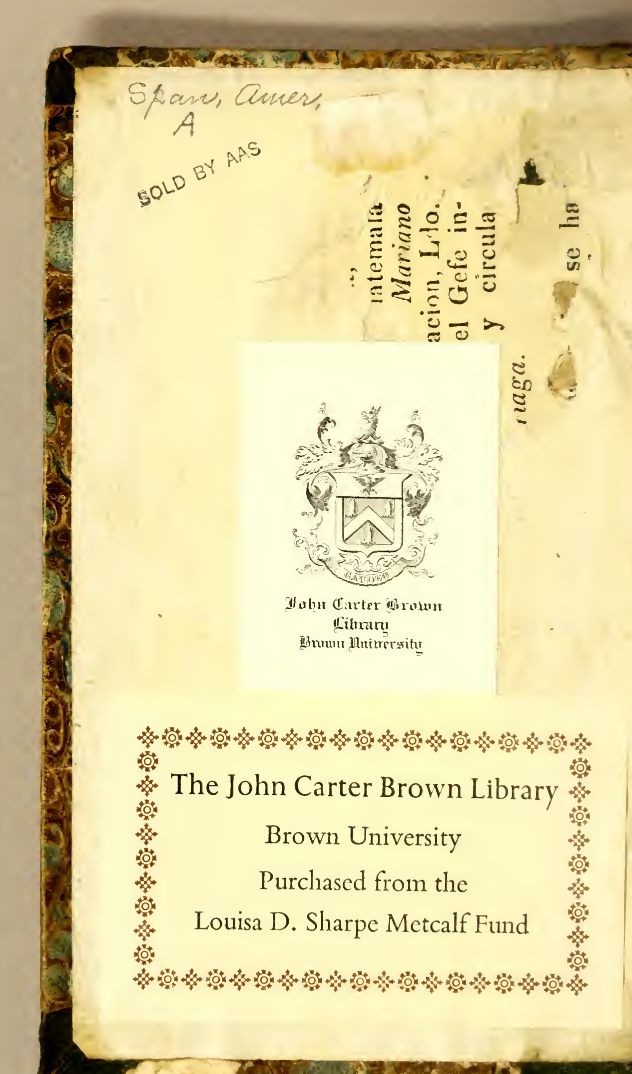



Span, Amer.
A
SOLD BY AAS
GAUDEO
John Carter Brown
Library
Brown University
The John Carter Brown Library
Brown University
Purchased from the
Louisa D. Sharpe Metcalf Fund

Purchase Alice W. Kurtz, Aug. 28, 1912,
4 vols.

62.50 41

Memorabes

V. 1

Victor Medina

7/4

INSTITUCIONES

DE DERECHO REAL

DE CASTILLA Y DE INDIAS.

POR EL DR. D. JOSÉ MARIA ALVAREZ
CATEDRATICO DE INSTITUCIONES DE
JUSTINIANO EN LA REAL Y PON-
TIFICIA UNIVERSIDAD
DE GUATEMALA.

TOMO I.

GUATEMALA.
En la imprenta de D. Ignacio Beteta.
1818.

Vir bonus et prudens. . . . .
. . . . . parum claris lucem dare coget:
Arguet ambiguè dictum: mutanda notabit.

Horat. De Art. Poet.

PROLOGO.

Qualquiera que se encargue de una catedra de derecho civil, conocerá que no es facil desempeñarla con aprovechamiento de los cursantes por no haber una obra que reuna las calidades que se requieren. Esta falta es tan notable, que haciendose cargo de ella la real cedula de 12. de julio de 1807. en que se forma un nuevo plan de estudios para Salamanca y demás universidades de España, hablando de la catedra de Elementos de derecho real dice: »que en ella » se usará por ahora de las Insti- » tuciones que publicaron D. Ignacio » de Aso y D. Miguel de Manuel y » Rodriguez, corrigiendo el maestro » en viva voz sus equivocaciones ine- » xâctitudes y yerros, no parando » hasta imprimir unas observaciones » tan precisas en quanto se carece » de elementos del derecho real que » merezcan preferirse."

Es de advertir que en el tiempo en que se expidió esta real cedula,

hacía yá algunos años que circulaba por España la obra de D. Juan Sala Ilustracion del derecho real, *y que desde luego no se juzgó digna de preferirse à la Instituta de Castilla. Es verdad que reune mucha doctrina útil para los profesores; pero para los principiantes á quienes es preciso enseñar por principios sin entrar en el laberinto confuso de sus diversas convinaciones, se hace desear un método mas exâcto y adequado à su comprehension. Los tratados difusos, los analisis de las leyes y sus aplicaciones à los varios casos que puedan ocurrir, no lo son para aquellos á quienes en el corto tiempo de sus cursos apenas pueden darse las primeras nociones y elementos de la facultad. Bajo este supuesto, y de que siempre es útil que los maestros compongan obras para sus catedras, encarga la misma real cedula "que "los catedraticos procuren escribirlas "para sus asignaturas, especialmente "donde falten enteramente ó no las "hay quales se necesitan."*

Por lo que à mí hace, desde que me encargué de la de Instituciones de Justiniano fuí formando algunos apuntamientos que me facilitasen la enseñanza, y he aquí como corriendo el tiempo llegué á formar los quatro libros. Seguí el orden de los títulos de la Instituta de los Romanos, no obstante que pudiera adoptar otro mejor, y he procurado acomodarme á las definiciones principios y consectarios de las Recitaciones de Heinecio; por que à mas de encerrar los fundamentos generales de nuestra legislacion, la experiencia de catorce años me ha enseñado, que su método es el mas aproposito para el aprovechamiento de la juventud. Así sin apartarme del fin primario de mi catedra, creo haber cumplido con el auto acordado 3. tit. 1. lib. 2. que previene " que los catedraticos cuiden " leer con el derecho de romanos las " leyes del reyno correspondientes à " cada materia."

Mi animo jamás fué dar á luz una obra compuesta para mi uso

privado y el de mis discipulos à quienes su aplicacion dedicaba à copiar los pliegos que yo iba formando: mas como si lo hacían por sí, les quitaba esta ocupacion algun tiempo y les salía muy cara si la daban á escribir, cedí à estas consideraciones à sus instancias y á las de varios profesores que me han animado à publicarla. Estas circunstancias pues, me eximen de la clausula con que acostumbra cada autor en su prologo prevenir la opinion, y no hace otra cosa que descubrir su desconfianza con solicitar el disimulo de sus errores. Por el contrario: el medio de mejorarlas sería el de que cada uno los fuese anotando, de manera que contribuyendo con sus luces los profesores, se reuniesen las observaciones de todos para mejorar cada edicion hasta lograr una obra completa. Tales son mi deseos, y quedo contento de haber executado lo que estaba á mis alcances.

INDICE

DE LOS TITULOS QUE SE CONTIENEN EN ESTE TOMO.

COMPENDIO
DE LA HISTORIA
DEL DERECHO DE ESPAÑA.

Como este compendio no tiene otro objeto que dar á los principiantes alguna idéa de los códigos de nuestro derecho, solo haré en él una breve relacion de aquello en que convienen nuestros autores, desentendiendome de las prolixas disputas que suelen mezclarse en esta materia.

Aunque no faltan quienes hayan querido descubrir las leyes con que se gobernaron los primeros fundadores de España antes de la invasion de los cartagineses en ella, (1) no obstante sobre este particular

---

(1) Prieto Sotelo lib. 1.º cap. 3.º n.º 3.º y sig.

es menester confesar que no tenemos cosa cierta. Lo mas probable parece ser que no tuvieron leyes escritas, gobernándose sin duda por las de costumbre y por juicios arbitrarios fundados en equidad y justicia. Se cree que los cartagineses comenzarían por lo menos á introducir las suyas en las provincias que dominaron. Pero aun esta congetura, no carece de inverosimilitud si se atiende al poco tiempo que duró su gobierno, que fué de poco mas de doscientos años, y à las continuas guerras de que estuvieron agitados en todo él.

A los cartagineses siguieron los romanos en la dominacion de España, y de estos no hay duda que luego que perfeccionaron la conquista de todas sus provincias, in-

trodugeron en ellas su lengua, sus costumbres y su legislacion.

En la decadencia del imperio romano de occidente, pasó España à la dominacion de diferentes naciones barbaras del norte, como fueron los godos, los vandalos, los alanos, los suevos y silingos. Todos ellos se disputaron largo tiempo el dominio, hasta que los godos con la ruina ó destierro de todas las otras, quedaron por dueños únicos de España: lo que sucedió hácia el año de 412. de Jesu-Cristo. Los godos en el principio de su reynado permitieron á los españoles continuar usando de las leyes romanas á que parece estaban acostumbrados, y poco á poco fueron ellos estableciendo algunas. El primero que las dió escritas fué el Rey Eurico que

murió el año de 483. A ellas añadieron otras sus sucesores, y principalmente Leovigildo quien enmendó y arregló las que había, quitando las superfluas y añadiendo otras necesarias.

Fuero Juzgo

El primer código de leyes godas, es el famoso que se publicó el siglo 7.º en latin con el nombre de *Liber Judicum*, llamado tambien *Fuero de los Jueces*, ó *Fuero Juzgo*, y se tiene por fuente y orígen de las leyes de España. Divídese esta obra en doce libros repartidos en títulos, y sus leyes se componen de edictos de diversos Reyes godos: de decretos de varios concilios toledanos, y de otras leyes cuyo origen no se expresa. Se duda sobre su actor, y unos lo atribuyen à Sisenando otros à Chindasvinto, y otros á Recesvinto, que

todos florecieron en el siglo 7.°

Despues de la entrada de los árabes en España, que sucedió el año de 714. en que se arruinó la monarquía goda, continuaron en regir las leyes godas por muchos años en las provincias que se preservaron de los moros y en las que se iban recobrando, gobernandose por ellas, y por las costumbres de la nacion en general. La division de las provincias, que se conquistaban á los moros, y la diferencia que con el tiempo se iba notando en muchas cosas del gobierno particular de cada una, originaron la variedad de códigos que se establecieron en ellas. En Castilla se estableció á fines del siglo 10. y principios del 11. por su Conde D. Sancho García, el *Fuero llamado viejo de Castilla*, cuyas le-

yes son despues de las del Fuero Juzgo las fundamentales de la corona de Castilla separada de la de Leon. D. Alonso VII. en las cortes de Naxera de 1128. lo aumentó y enmendó publicando diferentes leyes respectivas al estado de los nobles. A ellas se unieron despues varios usos y costumbres de Castilla, y diferentes *fazañas* ó sentencias pronunciadas en los tribunales del reyno, las quales rigieron hasta el reynado de D. Alonso el XI. que quiso fuesen preferidas las del código que arregló y publicó en las cortes de Alcalá del año de 1348. conocido por el nombre de *Ordenamiento Real de Alcalá*. Ultimamente el Rey D. Pedro en las cortes de Valladolid de 1351. enmendó y arregló el *Fuero de Castilla* en la forma que ha lle-

gado à nuestros tiempos, siendo conocido tambien por los nombres de *Fuero de los Hijos-dalgo, Fuero de Burgos, y Fuero de las fazañas, albedrìos y costumbres antiguas de España.*

En el reyno de Leon dió el Rey D. Alonso V. en las Còrtes generales que tuvo en la ciudad de de èste nombre el año de 1020. el fuero llamado de Leon, compuesto de leyes establecidas en aquella asamblea para el gobierno de la misma ciudad y reyno, con inclusion de Galicia y la parte de Portugal conquistada hasta entonces, continuando en regirse por ellas, hasta que se publicó el código llamado *Fuero Real*; y aunque se establecieron en Castilla y Leon los dos fueros referidos, castellano y leonés,

continuaron en observarse tambien en sus provincias, mas ó menos respectivamente, las leyes del Fuero Juzgo en todo lo perteneciente al derecho comun, hasta que con el tiempo se fué entibiando su observancia, principalmente en Castilla la vieja. Pero si decayó su vigor en èsta, lo recobró en la extension de Castilla la nueva y las provincias que se fueron conquistando desde el reynado de D. Alonso VI. hasta principios del de D. Alonso el Sabio, cuyos Monarcas dieron las leyes de este código à los pueblos conquistados para su gobierno en todo lo perteneciente al derecho comun.

Fuero Real

El Rey D. Alonso X. llamado

el Sabio (1) deseando anular los fueros de poblacion y conquista, y los generales de Castilla y Leon, para evitar la confusion y aun complicacion de tanta multitud de leyes diferentes en cada provincia, ordenó y publicó en el año de 1255 el *Fuero Real*, conocido tambien por los nombres de *Libro de los consejos de Castilla*, *Fuero de las Leyes*, y *Fuero de la Córte* porque se decidian por él principalmente los juicios en los tribunales de la córte, mandando que sus leyes fuesen ge-

---

(1) No faltan quienes defiendan que D. Alonso el Sabio fué IX. y no X. y que el X. fue el autor del Fuero Real, y por consiguiente que este es posterior á las Partidas. Los fundamentos de esta opinion no parecen de mucha gravedad y pueden verse en Colon Librer. de Escrib. Lib. 1. cap. 2. numero 10.

nerales y únicas en todos sus dominios: pero reconociendo la nobleza y los pueblos, particularmente de Castilla, que por ellas quedaban derogados sus antiguos fueros y franquezas, las reclamaron y recobraron en tiempo del mismo Rey D. Alonso, cesando entre ellos la observancia del Fuero Real, el qual se aceptó generalmente en Extremadura, en Algarve, Andalucía, reyno de Murcia &c. habiendo hecho el mismo reclamo los concejos de las ciudades y villas de la corona de Leon en tiempo de las discordias del Infante D. Sancho con su padre el mismo Rey D. Alonso, capitulando entre otras cosas el restablecimiento de las leyes del Fuero leonés y Fuero Juzgo.

El Fuero Real, no dexó de tener muchos defectos. Con este motivo para su mayor declaracion é inteligencia, fué necesario se compusiesen las advertencias llamadas Leyes del Estilo en numero de 252. con autoridad del mismo Rey D. Alonso, de su hijo D. Sancho y de D. Fernando el Emplazado segun se declara en su Prólogo. Se publicaron á fines del siglo 13. ó principios del 14. y algunas de ellas se hallan insertas en la Nueva Recopilacion de Castilla.

Leyes del Estilo.

Despues del Fuero Real se sigue el código celebrado de las Partidas. El prologo de esta obra nos refiere, que el Rey D. Alonso el Sabio la emprendió por mandado de su padre S. Fernando el año de 1251. 4.º de su reynado, y

Las siete Partidas.

que la acabó siete años despues. No se observaron estas leyes, hasta el tiempo de D Alonso XI. (hácia el año de 1348.) quien por la ley 1. tit. 28 de su Ordenamiento de Alcalá las publicó y dió valor, habiendolas antes enmendado y corregido á su satisfaccion. Esto mismo consta en la ley 3 tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. Se tiene por cierto que la causa de haberse dilatado tanto tiempo la publicacion de este código, fueron las turbulencias guerras y otros gravisimos negocios ocurridos en el reynado de D. Alonso el Sabio y en los dos siguientes.

Se componen las Partidas en gran parte de leyes del derecho romano: de capítulos del derecho canónico; y de autoridades de los Santos Padres. Es evidente que con-

tiene al mismo tiempo muchas leyes antiguas del reyno, y que se consultaron las costumbres y fueros de la nacion, deseando saliese un cuerpo legal, perfecto y peculiar de nuestra España: pero este objeto tan importante, no se logró completamente.

D. Alonso XI. queriendo que todos sus Reynos se gobernasen por unas mismas leyes, teniendo presentes las que promulgó en las cortes de Ciudad Real y Segovia, formó en las de Alcalá año de 1348 el ordenamiento de leyes conocido por este nombre, mandando que rigiesen en sus dominios con preferencia á los códigos antiguos, y despues de ellas, las de los fueros municipales de los pueblos, y las de las Partidas, habiendolas antes

Ordenamiento de Alcalá.

corregido: lo qual renovó D. Enrique II. en las còrtes de Toro año de 1369. y la Reyna Doña Juana en la ley 1.ª de Toro que se halla inserta en la Nueva Recopilacion. Casi todas las leyes de êste codigo, se pasaron asi mismo à dicha Recopilacion, ó enteras ó con alguna leve mutacion.

Ordenamiento Real.

De las leyes de este código y de las que promulgaron los Reyes sucesores, desde D. Alonso XI. hasta los Reyes Católicos, se formó el que conocemos con el titulo de *Ordenanzas Reales de Castilla* y tambien con el de *Ordenamiento Real.* Se compone de varias leyes, ya dispersas ya contenidas en el Fuero Real, leyes del Estilo, y Ordenamiento de Alcalá, y se divide en ocho libros. Se cree que

su autor Alonso Montalvo empreendió èsta obra de orden de los Reyes D. Fernando y Doña Isabel como lo asegura el mismo en su prologo; pero nunca se expidió ley alguna que diese fuerza á esta compilacion, por lo que sus leyes no tienen otra que la que merecen en su original.

A las referidas colecciones, se siguió otra que se llamó la *Nueva Recopilacion*. Esta se concluyó y publicó el año de 1567. en dos tomos comprehensivos de nueve libros incorporandose en ella las leyes que corrían en varios quadernos, y otras que se hallaban sueltas. En las posteriores ediciones hechas en los años de 1581. 92. y 98. 1640. 1723. y 1745. se le fueron aumentando muchas leyes establecidas en el tiempo

Nueva Recopilacion de Cast.

intermedio de una edicion á otra, de suerte que en la de 1745 se le añadió un tercer tomo, en el qual baxo el nombre de *Autos acordados del Consejo*, se incluyeron mas de quinientas pragmaticas, cédulas, decretos, ordenes, declaraciones, y resoluciones reales expedidas hasta dicho año, distribuyendolas por el mismo orden de títulos y libros contenidos en los dos tomos de leyes recopiladas. Con el aumento de veinte y seis leyes y doce autos, salieron otras tres ediciones en los años de 1772, 75 y 77 ofreciendo dar al público en otro tomo separado por vía de suplemento el gran numero de cédulas y decretos reales, y autos acordados que habían salido desde el año de 1745.

Noví- sima Recop.

Ultimamente se ha publicado otra

edicion de la misma recopilacion no por el metodo y orden de la antigua, sino en nueva forma, aprovechando las leyes útiles contenidas en aquella, y agregando mas de dos mil providencias respectivas al tiempo desde 1745. hasta 1805. Esta recopilacion dividida en doce libros, se aprobó y mandó observar por el Sr. D. Carlos IV. con el título de *Novisima Recopilacion de las leyes de España*, por una real cédula de 15. de julio de 805. que se halla al principio de la obra.

Recopilacion de Indias.

Con motivo de las grandes conquistas que se fueron haciendo desde el descubrimiento de ambas Americas septentrional y meridional, fué necesario que para el gobierno de los lugares conquistados y sugetos al dominio español, se fuesen despachando cedulas,

provisiones, ordenanzas y otras instrucciones conforme á lo que pedían las circunstancias. Estas disposiciones dispersas y vagantes, con el discurso del tiempo llegaron á un numero excesivo, causando confusion y dificultad en el despacho de los negocios: por cuyo motivo desde el año de 1552. se comenzó á tratar de recogerlas y ordenarlas; y en efecto el Sr. D. Felipe II. en el año de 1570, mandó se hiciese una recopilacion de las leyes y provisiones dadas para el buen gobierno de las Indias, la que se comenzó y continuó por varios letrados, hasta que se concluyó el año de 1680. en tiempo de Don Carlos II, quien dió à la coleccion llamada *Recopilacion de Indias* toda la fuerza y autorîdad necesaria, mandando que por sus leyes sean

determinados todos los pleitos y negocios pertenecientes á la América, aunque sean contrarias à otras leyes y pragmaticas de los reynos de Castilla, como todo consta por dos cedulas que se hallan al frente de dicha recopilacion. Esta obra se compone de nueve libros divididos en titulos y leyes.

A mas de todos estos cuerpos legislativos, no cesan de venir nuevas pragmaticas, reales cedulas, autos acordados del Consejo y reales provisiones: porque siendo el derecho finito, y los casos infinitos, son necesarias nuevas disposiciones conforme à las diversas circunstancias ocurrentes.

Diversos los códigos legislativos y multiplicadas cada dia mas las

reales ordenes y cédulas, un mismo punto se encuentra à veces decidido por disposiciones contrarias. Era necesario que las leyes fixasen el orden gradual que debe seguirse en la observancia de las leyes mismas y esto es lo que ha hecho la 2. tit. 1. lib. 2. Recop. de Ind. y la 1. de Toro.

Segun ellas y otras órdenes posteriores, los asuntos deben despacharse y los pleitos decidirse, por las leyes y disposiciones siguientes. 1.° Por las ultimas reales ordenes y cedulas comunicadas á las autoridades respectivas por la vía correspondiente. 2.° Por la real Ordenanza publicada para el establecimiento de Intendentes de N. España y mandada observar en èste en lo adaptable. 3.° Por las leyes de la Recopilacion de Indias.

4.° Por las de la de Castilla. 5.° Por las del Fuero Real sin ser necesaria la prueba de su uso por no estar derogadas. (*) 6.° Por las de los Fueros municipales que tuviere cada ciudad, en lo que fueren usados y guardados. 7.° Por las de las siete Partidas; y habiendo en ellas oposicion ó contrariedad, debe consultarse al Rey para que las interprete, declare ó enmiende segun previene la ley 3. tit. 1. lib. 2. Recop. de Cast. Lo mismo se ha de practicar quando en ninguno de los cuerpos de nuestro derecho se encuentre ley oportuna de donde se pueda sacar

(*) Vease en Febrero librer. de escrib. cap. 14. §. 3. num. 36. la real cedula que refiere de 15 de julio de 1788. y á Colon instr. jurid. de escrib. lib. 1. cap. 2. num. 19.

la decision que se necesita, por no haber ya facultad para recurrir en estos casos á Bartolo, á Baldo, ni á Juan Andres como mandaba una ley de Madrid, que se halla derogada por la citada ley 3. tit. 1. lib. 2. Recopilacion de Castilla.

LIBRO I.

DE LAS INSTITUCIONES DE DERECHO REAL DE CASTILLA Y DE INDIAS.

TITULO I.

DE LA JUSTICIA Y DEL DERECHO.

I. PARTE

DE LA JUSTICIA Y SUS DIVISIONES.

Como qualquiera que se dedica al estudio de alguna ciencia, debe saber el fin à que ella se destina, diremos aqui brevemente qual sea el de la jurisprudencia de que vamos á tratar. El fin ultimo á que esta noble ciencia dirige sus conocimientos, es la observancia de la justicia, y este mismo debe ser el fin proxîmo de un buen jurisconsulto. Por que asi como la felicidad eterna de los hombres es el fin ultimo de la teología,

y la sanidad del cuerpo humano el de la medicina, por que á esto dirigen sus miras estas facultades, asi tambien el fin de la jurisprudencia y del jurisconsulto que se aplica á ella, debe ser la tranquilidad interna de la republica, qne no se consigue si no es por medio de la justicia. No nos quedará dnda de esta verdad, si reflexionamos que quitada ella, la vida de los hombres será semejante à la de los peces, entre los quales el mayor devora al menor. Se inventó pues la jurisprudencia para que los derechos de todos fuesen guardados: para que se dé á cada uno lo que es suyo, se premien las virtudes, y se castiguen los vicios. Es decir: para que vivan los hombres una vida quieta y tranquila en piedad y honestidad, como dice el Apostol.

De este fin se apartan los que se aplican al estudio del derecho con la mira de defender qualesquiera causas en el foro y hacer ganancias arruinando las fortunas de los hombres. Estos no se deben llamar abogados ni jurisconsultos, sino buitres togados, tanto peores que los ladrones, quanto mas impunemente roban baxo la capa de defender la justicia. Quede pues profundamente impreso á los cursantes de derecho, que el fin de la jurisprudencia no es otro que la guarda de la justicia.

Veamos ahora que cosa es la justicia y como se divide. La justicia, tomada en general, podemos decir que es: *la observancia de todas las leyes que previenen no dañar á otro, dar à cada uno lo que es suyo*

y vivir honestamente. (1) Se divide en *moral y civil.* La justicia moral, es una virtud que reside en el alma, ó un habito con el qual el hombre arregla todas sus acciones á la ley. (2) En este sentido pues no es justo aquel que cumple en el exterior con los oficios à que está obligado, si no los practica por amor de la virtud: el fariséo que se jactaba de no ser ladron adúltero ni publicano, no era moralmente justo, por que solo se abstenía de estas acciones malas por hipocresía y no por amor de la virtud. Por el contrario: justicia civil se dice aquella que hace al hombre arreglar sus acciones externas á las leyes pero sin

---

(1) Arg de la ley 3. tit. 1. P. 3.
(2) Ley 1. tit. 1. Part. 3.

que esto nasca de amor à la virtud, ni de rectitud de juicio, sino por miedo de la pena. De aqui se infiere: que si uno paga los tributos á que está obligado al principe: se abstiene de matar, de robar, ó de otro modo dañar à ninguno de sus conciudadanos, será justo civilmente, aunque todo esto lo practique contra su voluntad, aunque sea un hipocrita, y aun quando fuese un ateista. Esto nace de que como son los medios, asi es el fin: los medios que la jurisprudencia subministra son las penas y los premios. Estos no hacen justos moral, sino solo civilmente: por que en el fuero externo ninguno es castigado por culpa que no turba la tranquilidad de la republica que es el fin de la sociedad. Luego la justicia que es el fin de la jurisprudencia, no es otra que la civil.

De lo dicho se infiere el juicio que se debe hacer de la definicion de la justicia que dá Justiniano y la ley de Partida (1) diciendo *que es una constante y perpetua voluntad de dar á cada uno lo que es suyo.* Esta definicion es buena, aunque no para explicar la justicia de que aquí tratamos. Las palabras *constante y perpetua* voluntad le sirven de genero, y quieren decir lo mismo que virtud, por que entre los estoicos, de cuya filosofia es tomada, toda virtud era una voluntad constante y perpetua. Por aquellas palabras *de dar á cada uno lo que es suyo* se determinaba aquel genero, y se aplicaba á la justicia, que es el oficio de la diferencia especifica. Pero esta justi-

(1) Ley 1 tit. 1 Part. 3.

cia segun hemos explicado, es la moral, que no es el fin de la jurisprudencia, ni se puede conseguir por solo sus preceptos. Concluyamos pues, definiendo en terminos precisos la justicia civil de que vamos à tratar: es *la conformidad de las acciones externas à las leyes, para no dañar á otro, dar à cada uno lo que es suyo, y vivir honestamente.* (1)

Se divide la justicia en *expletriz y atributriz.* Para entender èsta division es necesario advertir que los oficios, (*) à que estamos obligados para con los demas hombres, son de dos maneras. Unos son man-

(1) Dicha l. 3. tit. 1. P. 3.

(*) Por oficio entendemos una accion que se debe conformar à alguna ley por nacer de obligacion perfecta ó imperfecta. No es necesario que la ley mande precisamente amenazando con pena eterna, basta que sea ó con pena tem-

dados por la ley como necesarios, de tal suerte que pueden ser forzados, y aun castigados los que no los cumplen. Tales son los que nacen de aquel principio que es fuente de todos los oficios perfectos: *Lo que no quieres te sea hecho á tí no lo hagas ó otro.* De donde se infiere: que ninguno debe matar, injuriar, ni dañar à otro: que se deben pagar las deudas: que se deben guardar los preceptos &c. El que falta á algun oficio de èstos, ó reusa cumplirlo, puede ser castigado por los jueces, ú obligado á su cumplimiento; y por esto semejantes *oficios* se llaman *perfectos*. Otros hay

---

poral, ò con algun desagrado de Dios, ó que sea omision de algun acto virtuoso. Para mejor inteligencia de esto lease el cap. 5 del derecho natural de Heinnecio.

que son recomendados por la ley como virtuosos; pero à ninguno fuerza à prestarlos sino que los dexa á la libertad de cada uno. Tales son los que se deducen de aquel otro principio que lo es de todos los oficios imperfectos. *Todo lo que quieretes sea hecho à ti, hazlo à otro.* V. g. comunicar à otro que lo nesecita lo que nos sobra ó nada nos cuesta: dar limosna, y hacer otros beneficios á los demas: los quales se llaman *oficios de humanidad y beneficencia.* El que no los cumple, en realidad es inhumano; pero no puede ser reconvenido delante del juez, ni forzado, con penas á practicarlos; y por esto se dicen *imperfectos.*

Con lo dicho, facilmente se explica qual sea justicia *expletriz* y qual *atributriz.* Expletriz es la que

dá á cada uno lo que se le debe por derecho perfecto. Segun esta definicion, el que se abstiene de hurtar y de dañar de qualquier modo à otro: el que paga lo que debe: el que cumple los pactos y contratos que ha hecho, se dice que observa la justicia expletriz: porque todos estos oficios se deben con derecho tan perfecto, que el que los niega puede ser compelido por el magistrado á prestarlos. Por el contrario: la atributriz es aquella que dá á cada uno lo que se le debe por sola humanidad y beneficencia; es decir, que dá lo que debemos á otro sin poder ser compelidos à cumplirlo. Diremos pues, que observa èsta justicia el que dá limosna á los necesitados: el que muestra el camino al que lo ha errado &c.

Si se pregunta porque la justicia expletriz admite coaccion, y la atributriz no, se puede dar una razon aqui de esta diversidad, remitiendo al derecho natural (1) à los que quieran saber las fundamentales. Todos los oficios perfectos se deben por una cierta y determinada persona, de suerte que si èsta no los cumple, no hay otra de quien poderlos exîgir. Por exemplo: si Ticio me debe cien pesos, de solo él los puedo exîgir y me burlarían con mucha razon si no pagandomelos èl, se los pidiese á Cayo. Por el contrario: los oficios imperfectos se deben por todos los hombres, y no por determinada persona, y así, á un pobre v. g. le debo

(1) Vease el cap. 1.° del derecho natural de Heinn.

dar limosna; pero no solo yo, sino tambien los demas hombres: por lo qual si yo se la niego, puede pedirla con el mismo derecho à Caio, á Sempronío y à qualquiera de los otros. Debiendose pues, los oficios perfectos por una cierta y determinada persona, debe èsta ser compelida á cumplirlos, porque de otra suerte quedaría yo privado de mi derecho; mas para los imperfectos no fué necesario establecer coaccion, porque no queda sin recurso un mendígo que sufre repulsa de uno ú otro.

De èsta division de la justicia que hemos explicado, se deducen con claridad los tres preceptos del derecho. Estos son *vivir honestamente: no dañar à otro; y dar á cada uno lo que es suyo.* Es ver-

dad que se podían referir otros muchos; pero todos se reducen à estos tres, segun la division hecha por que la justicia es: ó atributriz ó expletriz. La atributriz se versa acerca de los oficios imperfectos que nacen de la honestidad y decoro: por lo qual es precepto del derecho *vivir honestamente*. La expletriz se versa acerca de los oficios perfectos. Nos manda pues, ó abstenernos de los vicios prohibidos por las leyes, ó hacer aquellas cosas que estas ordenan. El que se abstiene de los vicios prohibidos por la ley, cumple el precepto de *à ninguno dañar*: el que hace lo que las leyes mandan, satisface al precepto de *dar à cada uno lo que es suyo*. Estos tres preceptos son sin duda alguna las fuentes de

todo el derecho, y como á tales se deben referir á ellos todas las doctrinas de la jurisprudencia. Asi por exemplo: el que se abstiene de hurtar, de robar, de matar y de dañar, es justo, porque á ninguno daña: el que cumple los contratos, guarda los pactos &c. es justo, por que dá à cada uno lo que es suyo: el que se porta en la republica como buen ciudadano, procura ser útil á la patria, se ocupa en obras buenas, y vive templada y modestamente, es justo, porque vive honestamente. De suerte que abrazan mas èstos tres principios de lo que aparece à primera vista.

Siguese otra division de la justicia, la qual segun la mente de los autores es, ó universal ó particular; y esta ó conmutativa ó distributiva;

pero una y otra es poco exâcta. Darèmos sus definiciones segun la la mente de Aristoteles: de cuyos preceptos morales está tomada dicha division. La universal segun el filosofo es *el exercicio de todas las virtudes para con los demás*. En este sentido, si uno es justo, liberal, humano y modesto, será justo con esta justicia universal. La justicia particular es aquella que reprime la avaricia, de suerte que en los bienes exteriores, ni toma para sí mas utilidad, ni grava à otro con mas pérdida de la que conviene: v. g. si uno en la distribucion de lōs oficios honores y premios, no tiene la mira en algun interés suyo, sino que dá á cada uno lo que se le debe, este guarda la justicia particular. Esta es ó conmutativa ó distributiva: la

conmutativa es la que mira á la cosa recibida y no á las qualidades de la persona: de manera que guarda una perfecta igualdad, como la que se observa en los contratos: v. g. un panadero no vende el pan á menos precio á un senador que à un zapatero: si de otra suerte lo hiciese sería injusto. La distributiva por el contrario, es la que mira à las qualidades de la persona, y asi no puede guardar una perfecta igualdad, si no solo la que llaman geometrica: v. g. el principe distribuye los oficios: à uno hace consejero, á otro secretario, à otro consul, à otro presidente, à otro verdugo. Mas ¿se podrá llamar injusto por que à este no hizo consejero por que no guardó igualdad siendo todos ciudadanos? Antes bien sería injusto si á todos sin discerni-

miento encomendase unos mismos empleos: por que en distribuir los honores los premios y los castigos, no se debe atender solo à la substancia de la cosa, sino principalmente á las qualidades de la persona.

Asi se explican los autores, segun la mente de Aristoteles. Pero semejante division, no es digna de aprobarse, asi por no ser necesaria bastando la que se dió arriba, como por que si se quiere tener por rigurosa division es poca exâcta. La razon es, por que en las divisiones un miembro no debe comprehender á otro; y asi v. g. sería un absurdo dividir al hombre en todo el hombre, y en un dedo. Lo será pues tambien dividir á la justicia en universal que comprehenda todas las virtudes, y

en particular que solo abraze una opuesta à la avaricia. (*)

(*) Es verdad que la palabra justicia se puede tomar, y aun se toma freqüentemente, por un conjunto de todas las virtudes, y en éste sentido llama el Evangelio á S. José justo: *Ioseph autem vir ejus cum esset Iustus Mat.* 1. No obstante, hablando en rigor logico, es mala la division de la justicia en universal y particular por la razon alegada. Dirémos pues, que la palabra justicia tiene dos acepciones: una en que se toma por el conjunto de todas las virtudes, y el hombre que las tiene se llama justo; y otra en que se denota una virtud especial que tiene el objeto que hemos explicado.

II. PARTE.

DEL DERECHO

Ò DE LA JURISPRUDENCIA.

Por esta palabra *derecho* no se entiende aqui otra cosa, que el conjunto de las leyes; y segun la calidad de que sean estas, lo es tambien el derecho que constituyen. Asi v. g. derecho natural es el que se compone de las leyes naturales: derecho divino es el conjunto de las leyes divinas; y civil la coleccion formada de las leyes civiles. Ahora pues: la ciencia de este derecho civil, es la que se llama jurisprudencia, y es *una ciencia practica de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes.* (1) (*) En esta definicion

(1) L. 13. tit. 1. Part. 1. 8. en el princ. tit. 31. Part. 2. Proem. y l. 36. tit. 34. Part. 7.

(*) En el §. 1. de este tit. se define

el genero es *ciencia practica*, por que no aprendemos el derecho para hacer de él una nuda especulacion, sino para ponerlo en practica: un fisico v. g. especula que cosa sea el viento,

---

la jurisprudencia *divinarum atque humanarum rerum notitia, justi, atque injusti scientia*. Una noticia de las cosas divinas y humanas, no es otra cosa que lo que los antiguos entendían por filosofía; y esto es lo que Ulpiano toma para genero de esta definicion. Mas como la filosofía tiene por objeto lo verdadero y lo falso en la logica, lo bueno y lo malo en la moral, y las causas de todos los efectos naturales en la fisica: no cuidando de ninguna materia de estas la jurisprudencia, de ahi es que le añade por diferencia especifica, una ciencia de lo justo y de lo injusto: es decir, que la jurisprudencia es una filosofía que consiste en la ciencia de lo justo y de lo injusto. Asi se explicaba Ulpiano; pero muy mal. Lo 1.º por que es falso que la jurisprudencia sea filosofía ò parte de ella: pues esta ciencia deduce sus doctrinas de sola

ó qual la naturaleza de la luz, y con esto se contenta aunque nunca haga uso de sus conocimientos. Mas el jurisconsulto no aprende que cosa sea contrato: què restitucion *in integrum*:

---

la recta razon como único principio de conocer; y la jurisprudencia principalmente de las leyes escritas, aunque no se conoscan por sola la razon. Lo 2.º por que esta definicion tuvo su orígen de la emulacion que había entre los filosofos y los jurisconsultos. Estos despreciaban à aquellos por su afectacion y por sus extraños modos de opinar nada útiles à la republica; y creìan que eran mejores filosofos por que procuraban mejorar las costumbres de los hombres por medio de las penas y de los premios. Esta emulacion entre los jurisconsultos y los filosofos, es la verdadera razon de que Ulpiano definiese en estos terminos la jurisprudencia, con la mira de atribuirle à ella todo lo que los filosofos atribuían á la filosofía, aunque no haya razon alguna para llamarla ciencia de las cosas divinas y humanas.

ni como se forma un libelo para solo complacerse en esta ciencia, sino

---

El Barbadiño criticando estas definiciones antiguas, dice asi en la carta 13. „ No quiero salir de la mas célebre „ que es la de la jurisprudencia, la qual „ dió Ulpiano y repite Justiniano en „ las instituciones *jurisprudentia est* „ *divinarum atque humanarum rerum* „ *notitia, justi, atque injusti scientia.* „ Esta definicion ha quebrado la ca- „ beza á los jurisconsultos, que por bien „ ó por mal quieren que sea buena. „ Si Ulpiano parase en decir, que era „ ciencia de lo justo é injusto, se podia „ perdonar; pero decir que comprehende „ las cosas divinas y humanas, es que- „ rer que la llamemos encyclopedia, ó „ para decirlo mas claro, es querer „ que demos una carcajada." Y no dixo esto Barbadiño por que no haya entendído tan descabellada definicion: pues la entiende de la misma suerte que Acursio, quien preguntado ¿si sería preciso que el jurisconsulto estudiase teología? Respondió que no: dando por razon la siguiente. *Nam omnia in corpore juris inveniuntur.*

para saber celebrar un contrato, ò decidir si está bien celebrado ó no; para pedir en juicio la restitucion *in integrum* por sí ó por otros quando sea necesario; y para que quando alguno intente privarlo de su derecho, pueda presentar al juez un libelo bien formado. Todo aqui es practico ò se ordena á la practica; y por esta razon definimos à la jurisprudencia diciendo que es una *ciencia practica.*

La diferencia, por la que la jurisprudencia se distingue de las demás ciencias prácticas, es la interpretacion y aplicacion de las leyes; y por eso se añade en la definicion *de interpretar bien las leyes y de aplicarlas á los casos ocurrentes.* Lo primero pues, que hace un jurisconsulto, es saber las leyes: despues

sion: si un loco v. g. levanta del suelo una piedra preciosa, no la hace suya por que le falta el animo de adquirir: por el contrario si uno desde lejos vé una piedra preciosa en la ribera y tiene intencion de cogerla, no la hace suya si otro que estaba mas cerca la levanta primero y la aprehende: se añade finalmente que la cosa debe ser *de ninguno*, por que si yá tuviere dueño, será hurto y no ocupacion. De aquí nacen tres axiomas que sirven en toda la materia de ocupacion.

1.° *Las cosas que son de ninguno, ceden al primero que las ocupa.* (1) Pero una cosa puede ser de ninguno, ó *por naturaleza* como una fiera en el monte: ó *por tiempo* como

(1) L. 5. tit. 18. Part. 3.

un tesoro de cuyo dueño no hay memoria: ó por que su primer dueño ha querido abandonar su cosa y excluirla del numero de sus bienes. (1) Para todos estos casos, vale el axîoma sobredicho: *lo que es de ninguno cede al primero que lo ocupa.*

2.º *La ocupacion se debe componer de animo, y aprehension ó acto corporal.* (2) La razon es, por que mientras que la cosa no se toma, no hay motivo para decir que pertenece mas à uno que à otro; y si no hay animo ó intencion de apropiarsela, el acto no es humano, y así no puede producir efecto alguno civíl. (3)

---

(1) L. 49. y 50. tit. 28. Part. 3. (2) L. 49. tit. 28. Part. 3. (3) Ll. 17. 20. y 49. y 50. tit. 28. Part. 3.

practicado quatro años en estudio de abogado aprobado, y ser exâminados por la Audiencia del reyno, segun y en la forma que se estila en todos los tribunales de España. (1)

Mas habiendose advertido posteriormente que estaba demasiado facil el ingreso á una profesion en que se desea la madurêz experiencia y estudio continuado, y que el poco tiempo que se necesita para aspirar á ella, rebaxa mucho la estimacion á que son acreedores los que despues de un estudio largo y profundo en los derechos y una practica sólida y extensa han llegado al termino de sus afanes, se mandó: (2) que nadie pueda ser recibido

---

(1) Auto acord. 23. tit. 2. lib. 3.

(2) Real ord. circular de 14 de Setiembre de 1802.

de abogado sin que haga constar que despues del grado de bachiller ha estudiado quatro años las leyes del reyno, presentandose en las Universidades en que hay catedras de esta enseñanza, ó á lo menos dos, pudiendo emplear los otros dos en el derecho canonico; y sin que despues de estos estudios no acredite haber tenido por dos años la pasantía en el estudio de algun abogado de Chancillería ó Audiencia, asistiendo freqüentemente à las vistas de los pleitos en los tribunales lo que certificarán los regentes de ellos, à quienes avisarán los abogados, de los pasantes que recíban para que les conste y puedan zelar y certificar su asistencia, à fin de evitar los fraudes que en esto se cometen continuamente.

Esta real resolucion no se halla comunicada á America: por lo qual hasta el dia se reciben de abogados en este reyno con solo quatro años de pasantía despues del grado de bachiller. Y aun tiene facultad el tribunal de la Audiencia de poder dispensar algun tiempo à los examinandos con tal que no llegue á un año y que para semejante indulgencia hayan justos motivos y originarse de lo contrario crecidos daños y perjuicios, tales que se presuma que si llegasen à noticia del Rey franquearía el mismo indulto. Mas habiendose erigido en esta ciudad de Guatemala el Ilustre colegio de abogados por real provision de la Audiencia de 2 de Junio de 1810. aprobada por real cédula de 17 de Diciembre de 1815. nin-

guno puede recibirse de abogado sin haber asistido por el tiempo de tres años á las lecciones y exercicios de la Academia de derecho teorico-practico á mas de la pasantía en casa de un letrado conocido. (1)

Uno de los principales exercicios de esta Academia, que tiene por preciso objeto el que los pasantes adquieran toda aquella instruccion è ilustracion necesaria para optar el empleo de abogado, es la substanciacion de los juicios. En estos se instruien los academicos formando procesos para los que sirven de materia las papeletas que forma el revisor. Otro de sus exercicios es la exposicion de las leyes reales y

(1) P. 3. estat. 2.

municipales; y el tercero dar una idea elemental de los tribunales del reyno. La junta se forma el jueves de cada semana en la casa del Presidente y en el ultimo del mes diserta uno de los académicos sobre la materia que el propio elige.

Siendo las principales obligaciones de un buen abogado por lo tocante á la ciencia, el interpretar y aplicar bien las leyes, dirémos algo acerca de estos dos puntos. Interpretar el derecho, es no solo saber las leyes literalmente, si no entender el verdadero sentido de sus palabras. (1) La interpretacion de una ley, ó pertenece al legislador y entonces se llama *auten-*

---

(1) L. 13. tit. 1. P. 1.

tica, ó al juez y entonces se dice *usual*, ò à los jurisconsultos la que llaman *doctrinal*. Autentica es quando la ley está tan obscura que es necesario consultar al mismo legislador para que explique el sentido que quiere darle. (1) La usual se verifica quando el juez interpreta las leyes por los asuntos decididos antes. Asi sucede muchas veces que suscitandose duda en algun tribunal acerca del modo con que se debe entender una ley, se consultan las decisiones antiguas, y de ellas se toma la interpretacion: se llama pues, usual porque se funda en el uso y practica anterior. Finalmente la doctrinal es quando los doctores ó abogados explican alguna ley con-

(1) L. 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast.

forme à las reglas de una justa interpretacion. A esto se reducen todos los comentarios que sobre las leyes han escrito los legistas: los quales entonces tienen la correspondiente autoridad, quando los interpretes han observado las reglas de la buena interpretacion, y valen tanto ó tienen tanta fuerza, quanta tengan las razones en que se funden.

La interpretacion doctrinal puede ser de tres maneras: ó extensiva, ó restrictiva, ó declarativa. Extensiva es quando la razon de la ley se extiende mas que las palabras, de suerte que por medio de la interpretacion se lleva á un caso que no está expreso en ella: v. g. prohibe el principe que se extraiga trigo de la provincia baxo la pena de con-

fiscacion: un mercader no extrae trigo sino harina: se pregunta ¿habrá obrado contra la ley y merecerá la pena ó no? Y se debe afirmar que si: porque aunque la ley no habla de la harina, pero la razon de la prohibicion es evitar la escaséz, la qual igualmente amenaza sacando la harina, como el trigo. La restrictiva por el contrario es quando las palabras se extienden mas que la razon de la ley, de suerte que por la interpretacion se exceptúa un caso que las palabras de la ley parecen comprehender: v. g. dicen que en Bolonia había una ley que condenaba à muerte á qualquiera que hiciese alguna efusion de sangre humana en la plaza pública. Supongamos que un barbero se vió en la necesidad de sangrar en el mismo lugar á un hom-

bre acometido de apoplexía: preguntase ¿si habrá faltado à la ley? y se niega, aun siendo tan generales las palabras en que está concebida. Por que la razon de la ley es la seguridad pública, y esta no se turba con la sangría que se dió por necesidad. Finalmente la declarativa tiene lugar quando la razon de la ley se extiende tanto como sus palabras, de suerte que no se necesita mas que explicarlas.

Esto es por lo que hace á la interpretacion de las leyes: siguese su aplicacion. Se dice pues, que es perito para aplicar ó acomodar à la practica el derecho, el que lo es para responder á las qüestiones de los que consultan, lo que en algunos lugares es oficio de los jurisconsultos: para pedir en juicio ó defender

causas, lo que pertenece á los abogados y procuradores que defienden los pleitos de otros: para contraer y asegurar los instrumentos, el qual es oficio de los abogados y escribanos, quienes quando se ha de celebrar un contrato hacer un testamento ú otro negocio civil, deben instruir á los otros de las seguridades que deben pedir y de las ritualidades que deben observar, para no ser engañados y para que el acto no sea nulo. Finalmente para juzgar, el qual es oficio de los jueces que oidas las partes y probados los hechos, es decir, conocida la causa, sentencian segun lo alegado y probado. El que es perito para todos estos casos, es un verdadero jurisconsulto y como decía Ciceron, el oraculo de toda la ciudad.

La primera division del derecho es en público y privado: la qual no se toma del fin, sino del objeto: siendo toda jurisprudencia pública por razon del fin, por estar destinada à la utilidad pública. Mas por razon del objeto como hemos dicho se divide muy bien en público y privado. Por que es muy distinto el derecho que trata de los negocios públicos: v. g. de los derechos de los principes acerca de la guerra y de la paz, de las embaxadas y de las alianzas; del que dispone de los negocios privados v. g. de los contratos de los testamentos y de los legados. Para que se entienda esto facilmente, darémos las definiciones de ambos derechos. Derecho público es *el que dispone y arregla el estado y derechos de las republicas*. Es decir:

que enseña quales sean los derechos de los principes, quales los de los subditos, que relaciones haya entre unos y otros &c. De suerte que este derecho varía segun las leyes fundamentales de cada república. Derecho privado por el contrario, es *aquel que pertenece á la utilidad inmediata de cada uno de los privados*, es decir, á lo tuyo y mio ó al patrimonio privado de cada uno. Segun esto: si yo v. g. intento la accion de hurto para que se me pague el duplo ó quadruplo, será derecho privado: por que aquí pertenece al patrimonio de un particular. Pero si un procurador del público persigue á un ladron para que se le ahorque, esta persecucion será de derecho público, por que aqui no se trata de tuyo y mio, sino de la seguridad de la repu-

blica à la que interesa mucho quitar del medio à los ladrones.

Se divide tambien el derecho en natural, de gentes y civil: pero de esta division tratarémos en el siguiente título.

TITULO II.

DEL DERECHO NATURAL

DE GENTES Y CIVIL.

Aunque la palabra derecho se toma de varios modos, en este título segun diximos ya, no significa otra cosa que el conjunto de todas las leyes de un género. De aqui pues, nace la primera division. Todo derecho es, ó divino ó humano. Divino es el que comprehende todas las leyes establecidas por Dios: humano, el que nos presenta todas las leyes impues-

tas por los hombres: porque si segun hemos dicho, tal es el derecho quales son las leyes de que se compone necesariamente se sigue que de las leyes divinas nazca el derecho divino y de las humanas el derecho humano.

El derecho divino se subdivide en natural y positivo. Dios es un legislador supremo: todo legislador no solo ordena las leyes, sino que tambien las promulga: por que no hay ley que pueda obligar sin promulgacion. Dios pues, como legislador supremo ha promulgado sus leyes para que los hombres las puedan saber. Esta promulgacion la ha hecho, ó por medio de la recta razon para que si el hombre quiere raciocinar consigo mismo pueda al instante conocer lo justo, ó por me-

dio de la revelacion que es la Escritura Sagrada para que leyendola venga en conocimiento de su voluntad. El derecho que se conoce por la recta razon, se llama *natural*; *y positivo*, el que por sola la revelacion ó Escritura nos es manifiesto: v. g. la razon sola nos enseña que el homicidio es ilicito: luego es prohibido por el derecho natural. Mas solo valiendonos de la recta razon no conocemos que los hombres deben recibir el bautismo: luego es de derecho divino positivo.

Veamos ahora como se define el derecho natural. Desde que se ha cultivado el estudio de este derecho tan importante, han advertido los autores que su definicion solo se debe tomar de su autor y de su promulgacion. Mas como el autor

de este derecho es Dios y la promulgacion se hace por medio de la recta razon, se puede definir muy bien diciendo: que es *un conjunto de leyes promulgadas por el mismo Dios á todo el genero humano por medio de la recta razon.* Casi en los mismos términos se expresa el Apostol quando dice: que la ley natural está escrita en los corazones aun de los mismos gentiles. (1) Se dice este derecho escrito en los corazones, porque valiendose de la recta razon, al punto es conocido de qualquiera, siempre que quiera usar de ella. Por la definicion dada inferimos ser falsa la opinion de Grocio y otros que dicen habría derecho natural aun quando

---

(1) Roman. cap. 2. ℣. 15.

supongamos el imposible de que no hubiera Dios. Porque siendo el derecho un conjunto de leyes, no habiendo ley alguna, no habría derecho. Mas: no habría ley alguna, no habiendo legislador; y faltaría el legislador, no habiendo Dios: luego en este supuesto faltaría el derecho natural. Es verdad que un atéo aun negando que exísta Dios, podría vivir conforme á los preceptos del derecho natural; pero entonces no lo haría por obedecer al derecho, sino por su propia utilidad: porque es facil de conocer que de otra suerte no se puede vivir en la sociedad humana. De la misma definicion deducimos tambien, que el derecho natural es inmutable: porque asi la voluntad de Dios de donde dimana, como la razon por cuyo

medio se promulga, son inmutables.
Si se mudase pues el derecho natural, ó Dios no sería ya Dios, ó se volvería contrario á la razon lo que antes era conforme à ella y esto es absurdo. Concluyamos pues, que el derecho natural es inmutable.

Hemos definido ya el derecho natural. El de gentes no es otra cosa *que el mismo derecho natural aplicado à la vida social del hombre y á los negocios de las sociedades y de las naciones enteras.* No son pues, dos derechos diversos el natural y el de gentes como han pensado algunos, sino uno mismo, el qual segun la diversidad de la materia, se llama derecho natural, ó de gentes. Si se aplica á los negocios y causas de los privados, se dice derecho natural; y si à los

negocios y causas de las sociedades ó de las naciones, se dice derecho de gentes: v. g. es regla del derecho natural que los pactos se deben guardar: supongamos pues, que Ticio prometió à Mevio cien pesos y que reusa entregarselos; dirémos que viola el derecho natural; pero si fingimos que habiendo hecho alianza los españoles y los franceses, esta nacion no ha cumplido las leyes del pacto á que se obligó, dirémos que obra contra el derecho de gentes, no obstante que solo la recta razon es la que manda cumplir los pactos. Es verdad que se encuentran algunos puntos que los autores quieren llamar de derecho de gentes secundario; pero todos ellos ó se pueden reducir al derecho natural y entonces son verdadera-

mente derecho de gentes, ó no; y en tal caso serán de derecho civil. Quede pues establecido que no hay derecho de gentes diverso del natural.

Volvamos á la division hecha arriba. El derecho diximos era ó divino ó humano; y el divino, ó natural ó positivo. Del natural hemos hablado hasta aqui: siguese ahora el positivo. El derecho divino positivo, es aquel que ha sido promulgado por las sagradas letras, y que no se conoce por sola la recta razon. Aunque uno y otro dimana de Dios, se diferencian en mucho. Lo 1.º en que el natural es promulgado por la recta razon, y el divino por las sagradas letras. El natural es absolutamente necesario; y de tal suerte unido con la recta ra-

zon que por ella sola es conocido aun de los gentiles. El divino depende de la libre voluntad de Dios, de suerte que de muchos puntos de él ignoraríamos la justicia, si la Sagrada Escritura no nos la declarara. V. g. todos los preceptos que Dios había impuesto à los israelitas sobre la circuncision sobre los sacrificios y sobre la comida de animales impuros, eran de derecho divino pero no de absoluta necesidad ni la razon hubiera podido dictar à lo judios que era malo comer carne de puerco v. g. si la Sagrada Escritura no lo dixese.

Pasemos al derecho humano que es aquel que ha dimanado de la voluntad de los hombres. Se divide en canonico y civil. Canonico es el que se ha establecido por los

Sumos Pontifices, y por los Concilios para el gobierno de la Iglesia. Civil es el que han constituido por sí ó por sus gefes cada uno de los pueblos absolutos é independientes para conseguir los fines de la sociedad. Se diferencia del derecho natural y de gentes, en que este no es propio de solo una nacion ó republica, sino que es comun á todo el genero humano. Cada nacion manda ó prohibe muchas cosas que en sí no son torpes ni honestas, pero comienzan á ser justas desde que son establecidas por exîgirlo asi la utilidad de la republica: v. g. cazar las fieras en el monte, no es injusto y puede esto ser prohibido por el derecho civil de alguna nacion, permitiendolo otras.

El derecho civil se divide en escrito y no escrito. Derecho escrito es, no precisamente aquel que está reducido á letras, sino el que ha sido promulgado; y no escrito el que no lo ha sido. Segun este modo de expresarse, todo derecho establecido por voluntad expresa del legislador y promulgado, ya sea por medio de escritura ó por voz de pregonero ó de otro qualquier modo, se llama derecho escrito, ya sea reducido à letras ó no. El derecho de los lacedemonios, por exemplo, era derecho escrito aunque nunca se escribieron las leyes de Licurgo. Por el contrario: aquel derecho que se introduce con un consentimiento tacito de las supremas potestades y sin preceder promulgacion se usa en la republica, se llama derecho

no escrito aunque despues se reduzca á escritura.

Entre nosotros no hay mas que una especie de derecho escrito que es la ley. Esta es *un precepto general de la potestad suprema intimado à los subditos, para que arreglen sus acciones à él.* (1) No hay pues en España como entre los romanos diversidad en quanto al orígen de las leyes, por dimanar todas de la voluntad del príncipe, sino solo en quanto al *fin* y modo de expedirlas, de donde ha provenido que se les dén distintos nombres. Unas veces se llama la ley que se nos promulga Pragmatica sancion, otras Real cédula, Real resolucion, Real decreto, Carta circular, otras finalmente Real

(1) Ley 4. tit. 1. Part. 1.

órden, y aun tambien Auto acordado. A todos estos nombres con que dimanan las disposiciones del príncipe se les dá su peculiar descripcion, pero no es exâcta en todos casos por confundirse unas con otras. Pragmatica sancion es *una Real determinacion que se promulga para que tenga fuerza de ley general, y en ella se reforma algun exceso abuso ó daño introducido ó experimentado en la república, y se inserta en el cuerpo del derecho*: v. g. la de 12 de Marzo de 1771, en la que para evitar la desercion que hacen los presidarios à los moros, se señalan los presidios que se deben destinar, y que el tiempo de la condena, no exceda de 10 años. L. 13. tit. 24. lib. 8. de la Recop. Real cédula *es un despacho del* REY, *expedido por alguno de los Consejos, en el qual se toma alguna providencia*

de motu propio, ó se provee algo, á peticion de parte. Su cabeza es: *El Rey*, sin expresion demas dictados: se firma con la estampilla de S. M: el secretario del consejo à quien pertenece pone la refrendata: se rubrica por algunos Ministros, y por lo regular se entrega á la parte. Tal es la de 7 de Mayo de 1740. en la que se dispone que la Audiencia en despachos ó exôrtos para Obispos no use de la palabra *extraño* por ser poco decorosa à su alta dignidad. No se pone exemplo de las cédulas en que se conceden gracias por ser muy conocidas. Real resolucion *es la determinacion que el Rey toma en algun caso que se le propone*, como lo es la de 10 de Abril de 1756. por la que se declaran las salas en que se

deben ver los pleitos de fuerzas y otros. Pero este nombre de Real resolucion es generico y puede convenir à toda determinacion que el Rey tome. Real decreto es *una órden del Rey que se extiende en las secretarías del despacho, y la rubríca S. M. para participar sus resoluciones à los tribunales de dentro de la corte, à los gefes de las casas reales, ó á algunos Ministros.* V. g. el de 7. de octubre de 1796. declarando la guerra al reyno de Inglaterra, que se dirigió al gobernador del Consejo. Cédula carta ú orden circular, es *qualesquiera disposicion que se expide para que circule en toda una provincia ó en muchas.* Real órden *es toda disposicion que comunica alguno de los ministros del Rey por su mandado.*

Autos acordados son las leyes que con acuerdo del Rey establece el supremo Consejo tanto de Castilla, como de Indias. De suerte que la fuerza que tienen los autos acordados, la toman de la aprobacion del Rey. Estas son las especies de derecho escrito que conocemos con el nombre general de ley, las quales segun hemos dicho ya, no se distinguen unas de otras en quanto al orígen, sino solo en las circunstancias que hemos individualizado.

Los estatutos y ordenanzas ó constituciones que establece un concejo junta ó colegio para su mejor gobierno, no tienen valor ni obligan, hasta obtener la aprobacion Real. (1) Los magistrados públicos, los

(1) L. 8. y 13. tit. 1. lib. 7. R. de C.

gobernadores de las provincias, y otras justicias, tienen facultad de extender y publicar bandos y pregones para el buen gobierno de los pueblos que están á su cargo. Usan de esta facultad, ya para poner en execucion alguna providencia del Rey, ya para hacer observar las leyes que no están en uso, ó ya para corregir algun abuso introducido contra las leyes. (1) Y está mandado que qualquiera ley ó providencia general, no se deba creer ni usar, no estando intimada ó publicada por pragmatica, cedula, provision, decreto, resolucion, Real órden, Auto acordado, edicto, pregon, ó bando de las justicias ó magistrados públicos. El que

(1) Arg. de la l. 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y 116. tit. 15. lib. 2. Rec. de Ind.

sin preceder estos requisitos se arrogase la facultad de poner en execucion ó anunciar de autoridad propia algunas leyes, ó fingirlas de palabra ó por escrito, ó en otra qualquiera forma, debe ser castigado como reo de estado. (1)

Por lo que mira á la autoridad de las leyes y el uso que debe hacerse de los cuerpos del derecho para la decision de los casos ocurrentes, siendo constante que la ley posterior deroga à la anterior, parece lo mas fundado que asi los jueces como los abogados, se arreglen en América al orden siguiente.

En primer lugar: se debe atender á las Reales disposiciones no-

(1) Auto acordado de 1. de abril de 1767.

visimas, aun no insertas en la Recopilacion. (1)

En segundo lugar: à las leyes de la Recopilacion de Indias, guardandose la mas moderna segun sus fechas que tienen à la margen, si se encontraren opuestas entre si (2)

Si en estas no se encuentra determinacion sobre el caso, se debe ocurrir en tercer lugar á las leyes de la nueva recopilacion de Castilla, en que se incluyen los Autos acordados del supremo Consejo, guardandose lo mas moderno segun sus fechas como se dixo arriba. (3)

---

(1) L. 2. tit. 1. lib. 2. Rec. de Ind. al med. en el ℣. *ó por cédulas* (2) Dha. l 2. (3) La misma l. 2. tit. 1. lib. 2. Rec. de Ind.

En quarto lugar: se debe atender á las leyes del Fuero Real y Juzgo, sin necesitarse prueba de su uso como algunos quieren suponer refiriendose à la ley 3. tit. 1. lib. 2. de la recopilacion de Castilla, en lo que ciertamente se equivocan; pues como advierte muy bien Colom: (1) "El uso de los fueros que en "ella se previene es y debe enten- "derse unicamente de los munici- "pales que cada pueblo tuviere para "su buen gobierno, segun la refe- "rencia que en dicha ley se hace "de los lugares en que fueren usa- "dos y guardados." Esta inteligencia es la mas conforme á la ley 1. tit. 28. del ordenamiento formado en las cortes de Alcalá, cuya letra está

---

(1) Colom lib. 1. cap. 2. num. 19. Vease el Sr. Conde de la Cañada juicios civiles part. 1. cap. 1.

copiada al principio de dicha ley 3. en el ℣. *E mandamos que los dichos fueros sean guardados en aquellas cosas que se usaron.* Y es conforme tambien al auto acordado 1. tit. 1. del lib. 2. de la recopilacion en el ℣. *Y los otros fueros en lo que estuvieren en uso.*

En quinto lugar: á los estatutos y fueros municipales de cada ciudad, si no es en aquellas cosas que se deben enmendar por ser contra Dios ó contra razon, ó contra leyes escritas. (1) Mas segun hemos advertido ya, para que los tales estatutos y ordenanzas tengan firmeza y deban seguirse, han de estar confirmados por el Consejo Real. (2)

---

(1) Dha. l. 3. tit. 1. lib. 2. Rec. de C.
(2) Aut. acord. 16. tit. 4. lib. 2. Rec. l. 14. tit. 6. lib. 3. y 8. tit. 1. lib. 7. Rec. de Cast.

En sexto lugar se debe ocurrir á las leyes de las siete partidas por aquellas que no estan derogadas por otras posteriores. (1)

No encontrandose en alguno de los cuerpos sobre dichos ley expresa para la decision del caso que ocurre, se debe procurar decidir por otra ley semejante, ó que se pueda acomodar por paridad de razon, consultando al espiritu y dando á la ley la mejor, y mas ovia inteligencia. (2) Así está prevenido se practique en las causas tanto civiles como criminales. De las primeras dice asi el Rey D. Alonso "(3) Non se deben facer las leyes

(1) La misma l. 3. (2) L. 13. tit. 1. y 34. tit. 36. P. 7. (3) Dicha ley 34.

„ si non sobre las cosas que suelen
„ acaecer á menudo. E por ende
„ non ovieron los antiguos cuidado
„ de las facer sobre las cosas que
„ vinieron pocas veces, porque tu-
„ vieron que se podría judgar por
„ otro caso de ley semejante que
„ se fallase escrito." Por lo que
hace á lo criminal se ha intimado
por el Rey á todos los Jueces y
tribunales con el mas serio encargo
que á los reos por cuyos delitos
segun la expresion literal ò *equi-
valencia de razon* de las leyes pe-
nales del reyno corresponda la pena
capital, se les imponga esta con
toda exâctitud y escrupulosidad, sin
declinar al extremo de una nimia
indulgencia ni de una remision ar-
bitraria. (1)

---

(1) L. 13. cap. 6. tit. 24. lib. 8. R. de C.

Ultimamente si evacuadas todas las precisas diligencias no se puede resolver el caso, se debe ocurrir al sumo Imperante para que forme una ley nueva que lo decida. (1)

Esto es quanto hay que decir del derecho escrito. El no escrito hemos dicho que es aquel que por el uso se introduce sin promulgacion y recibe su autoridad del consentimiento tacito de la suprema potestad. (2) Para inteligencia de esta definicion se debe observar que la unica causa del derecho en la republica, es la voluntad del sumo Imperante, ya sea este el Principe, ó el senado de los grandes,

---

(1) L. 7. tit. 1. lib. 2. Rec. de Cast. y ley 1. tit. 1 lib. 2. de Indias.

(2) Leyes 1. y 4. tit. 2. P. 1.

ó el pueblo. Si el sumo Imperante manda algo expresamente estableciendolo por ley, se llama *derecho escrito*. Si concede tacitamente que se observe alguna cosa en la republica que se ha comenzado á usar, se llama *derecho no escrito*.

De lo dicho venimos en conocimiento de quatro doctrinas acerca de la costumbre. 1.ª Que la costumbre se debe probar y no la ley por que esta mediante la promulgacion vino à noticia de todos, y aquella tacitamente se introduxo; y como esta introducion es de hecho, se debe probar. Los medios para verificarlo son el tiempo de diez años por lo menos y la continuacion de actos uniformes. (1) 2.ª Que la costumbre tiene la

(1) LL. 5. y 6. tit. 2. P. 1.

misma fuerza que la ley: por que su autoridad la toma del mismo legislador, y es indiferente el que quiera que una cosa se haga, expresa ó tacitamente. (1) 3.ª Que la costumbre abroga la ley anterior, por ser lo mismo que otra ley; y es constante que la ley posterior abroga à la anterior. (2) 4.ª Que la costumbre opuesta à la recta razon ó á las leyes divinas, es de ningun momento: por que en esto no puede consentir tacita ni expresamente la suprema potestad. (3)

Por lo que hace á las costumbres que observaban los indios antes de la conquista, se mandó por el emperador Carlos V. que los gobernadores y

(1) Las mismas leyes y la 238. de estilo. (2) Dichas leyes. (3) Vease el tít. 2. de la P. 1.

justicias, se informasen de los usos y costumbres que tuviesen y siendo razonables y en nada opuestas á nuestra sagrada religion, se les conservasen. (1)

Los objetos del derecho son tres: las personas, las cosas, y las acciones. Primeramente se debe saber como se diferencian las personas por razon de sus derechos: v. g. los señores y los siervos, los padres y los hijos, los tutores y los pupilos. Despues quales son los derechos de las cosas; y ultimamente con que acciones puede cada uno perseguir su derecho.

---

(1) L. 4. tit. 1. lib. 2. y 22. tit. 2. lib. 5. Rec. de Ind.

TITULO III.

DEL DERECHO DE LAS PERSONAS.

Estas palabras *hombre* y *persona*, gramaticalmente son sinónimos; pero juridicamente se diferencian mucho. La palabra hombre, es de mayor extension que la palabra persona: por que toda persona es hombre: pero no todo hombre es persona. Hombre es todo aquel que tiene alma racional unida al cuerpo humano; y persona es el hombre considerado con algun estado. En este supuesto: el que no tiene estado alguno, no es persona. En esta materia parece que los jurisconsultos han querido seguir á los cómicos. Por que asi como para estos no todo hombre que sirve ó contribuye á la comedia es persona? sino solamente aquel que representa

á otro hombre v. g. á un rey, á un viejo, à un lacayo &c. asi para los jurisconsultos aquel solamente es persona que hace en la republica el papel ó de padre de familias, ó de ciudadano, ó de hombre libre; es decir, el que tiene algun *estado*.

Por estado entendemos una calidad ó circunstancia por razon de la qual los hombres usan de distinto derecho (1): por que de un derecho usa el hombre libre, de otro el siervo, de uno el ciudadano, y de otro el peregrino, de ahí nace que la libertad y la ciudad se llaman *estados*. Tambien se llama el estado en derecho con el nombre de *cabeza*; y por esta razon se dice que el siervo no la tiene, y que se le ha disminuido, ó

(1) Princ. y l. 1. tit. 23. P. 4.

quitado al que perdió el estado de libertad, de ciudad, ó de familia.

El estado es de dos maneras: ó natural ó civil. Estado natural es aquel que dimana de la misma naturaleza: v. g. que unos sean nacidos otros por nacer unos varones: y otros mugeres: unos mayores de veinte y cinco años y otros menores. Civil es el que trahe su orígen del derecho civil: v. g. la diferencia entre hombres libres y siervos: entre ciudadanos y peregrinos: entre padres é hijos de familia. Es pues de tres maneras el estado civil. De libertad, segun el qual unos son libres, y otros siervos: de ciudad, segun el qual unos son ciudadanos y otros peregrinos; y finalmente de familia, segun el qual unos son padres y otros hijos de fa-

milia. (1) Con lo dicho se entiende facilmente este axîoma: qualquiera que no goza de ninguno de estos tres estados, no es persona aunque sea hombre. Tenemos un exemplo claro en el siervo. Este es hombre, pero no persona. Es hombre por que tiene alma racional unida á un cuerpo humano, y así atendido el estado natural le llamarémos persona: pero no lo es en quanto al estado civil porque no es *libre*, ni *ciudadano*, ni *padre de familia*. De ahí es que por derecho no tiene cabeza, y puede ser vendido legado y donado como qualquiera de las otras cosas que están en nuestro patrimonio.

Explicada ya la division de los estados, pasarémos à tratar de cada uno de ellos separadamente.

---

(1) Dha. l. 1. tit. 23. Part. 4.

§. I.

DEL ESTADO DE LIBERTAD.

Las personas tomadas no civil sino naturalmente, ó son hombres libres ó siervos. (1) Libres son todos aquellos que no están en servidumbre justa: por que si alguno sirve injustamente v. g. robado por un plagiario, este en realidad está en servidumbre, pero no es siervo sino hombre libre. Siervos son los que sirven à otro con justa causa, como las que referirèmos despues. Los hombres libres ó son ingenuos ó libertinos: ingenuos son los que nunca han estado en servidumbre por haber sido libres desde el instante de su nacimiento. Libertinos son los que han sido ma-

(1) L. 1. tit. 23. Part. 4.

numitidos de una servidumbre justa. Unos y otros son libres; pero los ingenuos tienen la ventaja de carecer de la nota de la esclavitud pasada, que sirve de desdóro à los libertinos.

Siendo libres los hombres por la libertad de que gozan, ó siervos por la servidumbre à que están sugetos, veamos que es libertad y qué servidumbre. Libertad en derecho es *una facultad natural que tiene el hombre para hacer lo que quiera si no es que se lo impida alguna violencia ò se lo prohiba el derecho.* Explicaremos esta definicion por partes. Se dice que la libertad es una *facultad natural*, porque por la naturaleza todos los hombres son libres; y asi la diferencia que ahora se advierte entre libres y siervos, fué

introducida por las leyes civiles: se dice que es una facultad para *hacer el hombre lo que quiera*, por que la libertad consiste en que no estèmos obligados á hacer ú omitir nuestras acciones à arbitrio de otro; sino que conforme al nuestro podamos obrar ó no obrar, ó verificarlo de este ó del otro modo. Finalmente se añade: *si no es que intervenga violencia, ó prohibicion del derecho*; por que el que padece violencia, queda privado de libertad para aquel caso; y todos los que viven en sociedad civil, renuncian una parte de su libertad obligandose á omitir todo lo que prohiben las leyes. La servidumbre por el contrario: es *un establecimiento del derecho de gentes, por el qual el hombre se sugeta al dominio de otro contra la libertad natural.* Se coloca la

servidumbre entre las disposiciones del derecho de gentes, por que, como hemos dicho ya, por derecho natural todos los hombres son libres; pero la necesidad obligó en las sociedades, que son gobernadas por el derecho de gentes, á reducir á muchos á servidumbre por que usaban de su libertad en perjuicio de la misma sociedad. Decimos en la definicion que el hombre en fuerza de ella se sugeta al dominio de otro, en atencion à que la esencia de la servidumbre consiste en que el hombre esté en dominio como cosa, y que por consiguiente pueda ser vendido, legado, donado &c. Todo esto se verifica contra aquella natural libertad en que el hombre fue criado; mas no contra el derecho natural, que se llama preceptivo: por no haber precepto alguno que mande

que todos los hombres se conserven libres. A mas de esto se infiere claramente que la servidumbre no repugna à la razon y derecho natural supuesto se halla aprobada en la Sagrada Escritura (1) que no puede autorizar sino lo que no se opone, ó es conforme á los principios de equidad que Dios ha gravado en nuestros corazones. Se puede tambien decir que la servidumbre es contra la naturaleza, en razon de que las personas se vuelven cosas: pues segun hemos dicho, el siervo, de la clase de las personas, desciende á la de las demas cosas que están en nuestro patrimonio.

Hemos visto ya que es libertad y servidumbre. Mas si se pregunta

---

(1) 1. á los Cor. cap. 7. ℣. 21. y sig. A los Efes. cap. 6. ℣. 5.

cómo se hace siervo alguno, respondemos, que los siervos segun nuestro derecho, ó nacen, ó se trahen venales de la Africa y de otras naciones barbaras. Entre las cultas que tienen sentimientos de humanidad, está abolido del todo el derecho de servidumbre, como verémos despues. Nacen los siervos de nuestras esclavas: y así, si una sierva ó esclava pare un hijo ó hija de qualquiera que sea, queda reducido à la condicion servil. La razon es clara. Hemos dicho que los siervos son cosas: se sigue pues, que sus fetos ó producciones deben ser de la misma condicion. Por que asi como el feto de una vaca está en dominio por derecho de accesion, de la misma manera el feto de la esclava que sirve, debe tambien servir. Estos siervos nacidos de nuestras

esclavas se llaman *Vernas.* De este mismo derecho usaron los antiguos desde el tiempo de Abrahan como se colige del cap. 14. del Genesis, en donde se dice que para una expedicion que tuvo que hacer, armó trescientos diez y ocho de sus vernas y partió con ellos en busca de los enemigos. Mas como puede acontecer muchas veces que el verna nasca de un siervo de Ticio y de una esclava de Cayo, se podrìa dudar de quien de los dos sería la propiedad; pero la regla general establecida en derecho decide, que el parto sigue al vientre. (1) Y asi como el ternero que fuese procreado del toro de Ticio y de la vaca de Cayo sería de este, asi tambien el verna que

(1) L. 2. tit. 21. P. 4.

procreasen el siervo de Ticio y la esclava de Cayo, debe pertenecer al dueño de la esclava, por ser una accesion de su cosa.

De este modo nacen los siervos. Se hacían antiguamente aunque hubiesen nacido libres, ó por derecho de gentes ó por derecho civil. Por derecho de gentes, por la cautividad: siendo constante que todos aquellos que eran tomados por los enemigos en campo de batalla ò fuera de él en tiempo de guerra, lo fuesen. (1) Para este establecimiento raciocinaban asi los antiguos: podemos matar á los enemigos: luego podemos reducirlos à servidumbre y aun será un gran beneficio conservar la vida á aquellos á quienes justamente podiamos

(1) L. 1. tit. 29. P. 2.

quitarla. (*) De aqui pues, traxo su origen el nombre de siervos, que dieron los romanos á los cautivos tomados en la guerra, porque se reservaban de la muerte para la esclavitud. (1) Pero esta costumbre

(*) Que este razonamiento tiene apoyo en el derecho de gentes, se ve claramente demostrado en Heinecio lib. 2. de Iur. Gent. cap. 4. §. 80. en donde dice: siendo licito todo á un enemigo contra otro, era licito tambien matar á los vencidos en la batalla. Mas como á aquel que puede evadir el peligro sin quitar la vida al agresor, representandole solamente un mal menor, no debe darle la muerte, se infiere: que no es injusto que el vencedor conserve à los vencidos para reducirlos á cautividad con el fin de que no vuelvan á dañarle, y para no alimentarlos sin sacar utilidad. Tampoco merecen reprehension los que con esta condicion han elegido conservar la vida antes que perecer.

(1) L. 1. tit. 21. P. 4.

cruel, ya se ha olvidado entre las naciones; y solo subsiste en aquellas cuya barbara indole no las dexa conocer los suaves derechos de la humanidad. Tales son los turcos y africanos, que por muchos siglos infestaron nuestras costas solo con el fin de hacer cautivos. Para vengar de alguna manera estos agravios, concedieron nuestras leyes el uso de las represalias, mandando que fuesen esclavos los que cayesen en nuestro poder. (1)

Mas ahora: habiendose celebrado diversos tratados de paz y comercio por el Sr. D. Carlos III. con el Emperador de Marruecos, y con el gran Sultán Mustafá IV. y sus dependientes los reyes de Barca,

(1) L. 1. tit. 29. P. 2. y 1. tit. 21. P. 4.

Tunez y Argel, ha quedado abolido el derecho de hacer esclavos que tenian los turcos y demas regencias Berberiscas, y por consiguiente el uso de retorsion. (1) En virtud de estos tratados: así las naciones barbaras como todas las cultas de Europa y fuera de ella, no observan tratar á los enemigos tomados en la guerra como cautivos, sino como prisioneros ó detenidos en deposito hasta su conclusion. (2) Despues de esta, se suelen dar en cange, ó trueque por otros

(1) Reales cedulas de 28. de noviembre de 1784: de 29. de setiembre de 1786; y de 29. de agosto de 1791. en que se hallan insertos los tratados.

(2) Veanse los tratados ajustados con Francia y con los Estados unidos de America en las cedulas de 4. de setiembre y de 18. de noviembre de 1796.

de igual calidad, ó por algun equivalente en especial siendo oficiales de graduacion.

En America tampoco se pueden hacer cautivos ni usar de retorsion con los indios, ni en guerra justa hecha por los españoles ó por ellos mismos, ni por qualquiera otro titulo por justo que parezca; y aunque algunas veces se permitió fuesen hechos cautivos algunos indios sediciosos y rebeldes para facilitar su reduccion (1) se abolieron despues estas disposiciones, mandando que con ningun pretexto ó motivo puedan quedar por esclavos ni venderse por tales los que se aprehendieren en guerra ó fuera de ella. (2)

---

(1) L. 13. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.
(2) L. 16. tit. 2. lib. 6. Rec. de Ind.

Por derecho civil se hallan varios modos de hacerse los hombres libres, siervos en pena de sus delitos. Las leyes de Partida establecen algunos que aunque en el dia no están en uso, conviene no ignorarlos. El primero es del mayor de 20 años que se vende con el fin de participar del precio y defraudar al comprador. En este caso establece la ley que quede siervo, verificandose cinco condiciones. La 1.ª que el mismo consienta de su voluntad ser vendido. 2.ª que participe del precio. 3.ª que sepa que es libre. 4.ª que el que lo compra crea que es siervo. Y 5.ª que el que se hace vender sea mayor de 20 años. (1) El segundo modo

(2) L. 1. tit. 21. P. 4.

tiene lugar en el liberto que es ingrato para con el señor de quien recibió la libertad, por cuyo motivo puede ser reducido à su antigua servidumbre. (1) Esta ingratitud puede ser de dos maneras: una que llaman simple y se verifica no correspondiendo con beneficios à aquel de quien se recibieron; y otra preñada retornando con injurias y daño grave al bienhechor. Los libertos pueden ser vueltos à la servidumbre no por una ingratitud simple, sino por la preñada. (2)

Asi mismo las mugeres libres que contrahen matrimonio con los clerigos de orden sacro deben ser hechas esclavas de aquella Iglesia

---

(1) Ll. 9. tit. 27. P. 4 y 18. tit. 1. P. 6.
(2) Dichas leyes.

de que es dependiente el clerigo, con los hijos que huvieren tenido (1) Finalmente tienen la pena de ser reducidos à servidumbre, los que dan ayuda ó consejo á los moros que son enemigos de la fé Catolica vendiendoles armas naves ó viveres. (2)

Pero todos estos modos inventados por el derecho civil, ó nunca han estado en uso, ó han quedado abolidos por costumbre contraria. (*) De suerte que no subsiste modo

(1) Ll. 41. tit. 6. P. 1. y 3. tit. 21. P. 4. (2) Ll. 28. tit. 9. P. 1. 31. tit. 26. P. 2. 4. tit. 21. P. 4.

(*) Asi lo afirman los adicionadores de Vinnio hablando de estos modos de hacer siervos. *Licet omnes ferè hi constituendae servitutis modi in Partitarum legibus descripti sint, abhorrent tamen à moribus nostris. In debitores obaeratos, leges 4. et seq. tit. 5. lib.*

alguno de reducir á los hombres á servidumbre; y así los esclavos que se hallan tanto en España como en America, no son habidos por titulo de reduccion á esclavitud conforme à nuestro derecho, sino solamente por compra y venta, ó por el parto de las esclavas. (1)

Todos los que ven la servidumbre con ojos ilustrados por la recta razon, la reputan por una cosa dura y muy poco conforme á la humanidad. En fuerza de estos sentimientos se fué disminuiendo, y aun se hubiera exterminado del todo

---

6. Recop. Cast. creditoribus tribuunt potestatem dominicae non absimilem; sed nostri saeculi humanitas hisce legibus non utitur. §. 4. n. 2. tit. 3. Inst. de jure personarum.

(1) Arg. de la l. 6. tit. 5. lib. 7. de la Rec. de Ind.

el uso de reducir los hombres al dominio absoluto de sus semejantes sino lo hubieran restablecido primeramente los portugueses, y despues otras naciones á fines del siglo XV. Al descubrir las costas de Africa dieron con una multitud de reynos barbaros como Guinea Nigricia Etiopia Congo y otras vastas provincias habitadas de gentes toscas y salvages dominadas por reyes déspotas. En este mismo tiempo descubrieron la isla de Santo Tomas, de S. Mateo de Lovando y otras que hacian frente á aquellas costas. Valiendose de esta oportunidad establaron comercio en ellas, dando paños hierro cascabeles aretes y otras bugerias, por oro plata y principalmente por esclavos que les proporsionaron los mismos naturales co-

mo genero muy abundante entre ellos. La principal causa de haber tantos hombres destinados á ser vendidos en estos paises barbaros, es el derecho de guerra. Estas son frecuentes entre los reyes de aquellos dominios, en que acostumbran los vencedores vender por esclavos á los vencidos. A esto se añade que la mayor parte de los delitos, se castiga con la esclavitud como una pena lucrosa para el fisco, no habiendo carceles ni prisiones, sino para custodiarlos mientras se efectua la venta. Los ingleses dinamarqueses y holandeses han continuado en este comercio como el mas ventajoso entre los que exercitan. Comprados en las costas del Africa, pasan à venderlos à los reinos de la Europa, y con mucha frecuencia á

nuestra America. (1)

Estos negros esclavos, están constituidos entre nosotros en justa servidumbre en virtud del contrato de compra y venta y de la buena fé con que son recibidos. Ni se puede objetar que no sea legitima en el principio su adquisicion y por consiguiente viciosa la compra y venta: pues no sin fundamento se cree ser la mayor parte de ellos siervos por derecho de gentes ó por otros modos aprobados por sus respectivos Soberanos; por lo que segun el Sr. Solorzano se puede continuar en su posesion sin escrupulo. (*)

---

(1) Asi se infiere de las leyes 2. tit. 17. todo el tit. 18. lib. 8. y ley 45. tit. 2. y 133. cap. 24. tit. 15. lib. 9. de la Rec. de Indias.

(*) El Sr. Solorzano probando la

Hemos visto ya quanto pertenece al estado de libertad: siguese ahora tratar del de ciudad que es una subdivision de los hombres libres.

---

libertad de los Indios y que por ningun titulo pueden ser hechos esclavos, dice asi: ,,A lo dicho no contradice la ,, práctica que vemos tan asentada, é ,, introducida de los esclavos negros que ,, traen de Guinea Caboverde y otras ,, provincias y rios, y pasan por tales ,, sin escrupulo en España y en las In- ,, dias. Por que en esto vamos de buena ,, fé de que ellos se venden por su ,, voluntad ó tienen justas guerras en- ,, tre sí en que se cautivan unos à otros: ,, y estos cautivos los venden despues ,, á los portugueses, que nos los traen, ,, que ellos llaman *pombeiros*, ó tan- ,, gomanos, como lo dicen Navarro, ,, Molina, Rebelo, Mercado y otros ,, autores, concluyendo finalmente que ,, todavía tienen por harto peligrosa, ,, cenagosa, y escrupulosa esta contra- ,, tacion, por los fraudes que en ella ,, de ordinario se suelen cometer, y co- ,, meten; pero que estas no les toca á ,, los particulares averiguarlas." Solorz. Polit. Ind. lib. 2, cap. 1, num. 26.

§. II.

Del estado de ciudad.

El estado de ciudad es aquel por el qual los hombres son ó ciudadanos naturales, ò peregrinos y extrangeros. Por naturaleza entendemos una inclinacion que reconocen entre sí los hombres que nacen ó viven en una misma tierra y baxo un mismo gobierno. (1) Esto proviene de que la naturaleza ha infundido amor y voluntad y ha enlazado con un estrecho vínculo de cierta inclinacion á aquellos que nacen en una misma tierra ó pais: á semejanza de los que proceden de una familia, que se aman con especialidad y procu-

(1) L. 1. tit. 24. P. 4.

ran su bien con preferencia á los extraños. Así pues, aquellos que se miran con los respetos de traer su orígen de una misma nacion, se llaman *naturales*; y fuera de estos, los demás son *extrangeros*. Esta consideracion tiene tanta fuerza, que hace imitar perfectamente á la naturaleza: pues así como esta admite en el gremio de parientes á los extraños que se hacen adoptivos, así tambien aquella abríga en su seno à los extrangeros que legitimamente se domicilian. En nuestra España todos los domiciliados se comprehenden baxo la denominacion de españoles; pero sin olvidar que unos son *naturales*, y otros *naturalizados*. Naturales son aquellos que fueren nacidos en estos reinos de padres que ambos á dos ó á lo menos el padre sea nacido

en España, ó aun quando no, se haya naturalizado en alguno de los lugares de su dominacion de qualquiera de las maneras que se dirán despues. Es tambien natural de España el hijo nacido en otros reinos estando sus padres en servicio del Rey, ó de pasageros, sin contraher domicilio. Lo es asi mismo el hijo natural de padre español habido en otros paises con extrangera, ó natural concubina, y qualquiera otro ilegitimo habido por un extrangero con alguna natural de estos reinos, dentro ó fuera de España. (1)

Para que los extrangeros que han contrahido domicilio se tengan por naturalizados en España, es suficien-

(1) L. 7. tit. 29. P. 2. y 19. tit. 3. lib. 1. Rec. de Cast. ll. 15. y 27. tit. 27. lib. 9. Rec. de Ind.

te que moren diez años con casa poblada siendo solteros; pero siendo casados con natural, les bastan seis aunque no sean oficiales ni laborantes. (1) Mas para serlo en America para el efecto solamente de tratar y contratar, es menester que haya vivido en los reinos de la peninsula, ó en las Indias por tiempo de 20. años continuos, y los 10. de ellos teniendo casa y bienes raices y estando casado con natural, ó hija de extrangero nacida en España ó en las Indias. Para usar de esta gracia, debe previamente declararse por el Consejo Real que han cumplido con los requisitos que se han dicho, precediendo informacion con citacion del fiscal ante las

(1) L. 66. cap. 5. al fin tit. 4. lib. 2. Rec. de Cast.

audiencias, ó jueces superiores del partido. Concedida la carta de naturaleza, para que el extrangero pueda libremente tratar y contratar, dentro de treinta dias habrá de hacer inventario de sus bienes y presentarlo ante la justicia, para hacer constar que tiene bienes raices en valor de quatro mil ducados constantes por instrumentos públicos. De otra suerte no se admiten los extrangeros en estas provincias. (1)

A mas de estos modos explicados de adquirir naturaleza, hay otros que expresa un auto acordado, (2) que individualizando quienes deben considerarse vecinos dice: que lo son 1.º qualquier extrangero que

(1) Ll. 31. 22. y 33. tit. 27. lib. 9. Rec. de Ind. (2) Aut. Acord. 22. tit. 4. lib. 6. Rec.

tiene privilegio de naturaleza. 2.° El que nace en estos reinos. 3.° El que en ellos se convierte à nuestra santa fè catolica. 4.° El que viviendo sobre sí establece su domicilio. 5.° El que pide y obtiene vecindad en algun pueblo. 6.° El que se casa con muger natural y habita domiciliado en ellos, y la muger si no es natural, por el mismo hecho se hace del fuero y domicilio del marido. 7.° El que se arraiga comprando bienes raices y posesiones. 8.° El que siendo oficial viene à morar, y exercer algun oficio mecanico. 9.° O tiene tienda en que vender por menor. 10. El que obtiene oficios de consejos públicos honorificos, ó cargos de qualquiera genero, que solo los pueden tener los naturales. 11. El que goza de los pastos y comodidades

que son propias de los vecinos. 12. El que mora diez años con casa poblada en estos reinos y 13; el que contribuye como los demas vasallos à S. M.

Los extrangeros, despues de haber sido domiciliados en España y adquirido la naturalidad de alguno de los modos referidos, gozan de todas las comodidades y exênciones de los naturales, (*) y se hacen capaces

(*) Y aun de algunas franquicias mas: como son ser libres para siempre de la moneda forera, y por tiempo de seis años de las alcavalas y servicio ordinario y extraordinario, y asi mismo de las cargas concegiles en el lugar donde vivieren. Pero como estas gracias tienen el objeto de aumentar la industria nacional y perfeccionar las artes, solo se conceden à los extrangeros ùtiles que quieran venir á España á exercer sus oficios y labores. Real cedula de 20. de Julio de 1791.

de los empleos y puestos públicos, como no sean cargos ni oficios que tengan anêxa administracion de justicia, como corregidores gobernadóres alcaldes mayores ni otros de gobierno. (1) Tampoco pueden obtener prelacías, canongías, ni otros beneficios eclesiasticos, ni pensiones sobre ellos, por deber conferirse estos precisamente à los naturales. (2) Asimismo en la America ninguno puede ser presentado para beneficio ú oficio eclesiastico, no siendo natural de España ó de la misma America, si no es que obtenga del REY carta de naturaleza para este efecto. (3)

---

(1) L. 66. cap. 5. tit. 4. lib 2. R. de Cast. (2) Ll. 14. 15. 17. 18. 19. y 25. tit. 3. lib. 1. Rec. de Cast. (3) L. 31. tit. 6. lib. 1. Rec. de Ind.

Otra division de los hombres libres, y que gozan de los derechos de ciudadanos, es en nobles y plebeyos. (1) La nobleza que es la que constituye á los nobles, consiste en un conjunto de privilegios de distincion y de honor concedidos à algunas personas en atencion al merito que han contrahido en la sociedad, ó ellas mismas ó sus ascendientes. (2) Se divide en nobleza por linage, por saber y por bondad de acciones. (3) En la nobleza por linage se incluye la solariega que tienen los poseedores de territorio ó solar con casa en èl, y la titulada que es la de los duques, condes, marqueses è infanzones. (4) En la

(1) L. 2. tit. 23. P. 4. (2) L. 11. tit. 21. Part. 2. (3) Dha. l. 2. (4) L. 11. tit. 1. Part. 2.

que se concede por saber, los doctores y maestros de las universidades de Salamanca Valladolid y Alcalá de Henares, (1) à que se añaden los de la universidad de Mexico y Guatemala, que gozan de los mismos privilegios y exênciones que los graduados en Salamanca. (2) Y en la nobleza adquirida por buenas acciones y servicios personales, se incluyen los caballeros. (3) Plebeyos son todos los demas que ni son nobles ni gozan de los privilegios de tales y comunmente se llaman del estado llano.

Tambien se dividen los hombres libres en eclesiasticos y legos.(4)

---

(1) Ll. 2. tit. 21. y 8. tit. 31. P. 2. ll. 8. y 9. tit. 7. lib. 1. Rec. de Cast. (2) Const. 273. aprobada en Real ced. de 9. de Junio de 1686. (3) Ll. 1. 2. 3. y 4. tit. 21. P. 2. (4) L. 2. tit. 23. P. 4.

Los eclesiasticos que son los que componen el estado gerarquico de la Iglesia, ó son clerigos seculares ó regulares; (1) y legos son los que no han recibido la prima tonsura por lo menos.

§. III.

Del estado de familia.

Segun este estado, se dividen los hombres en padres, è hijos de familia que están baxo la potestad de aquellos: pero esta division la tratarémos oportunamente en el titulo IX.

(1) Tit. 6. y 7. P. 1.

TITULO IV.

DE LOS INGENUOS.

La etimologia de este nombre, se toma de la palabra latina *gignendo.* Los ingenuos pues, por tanto se llaman asi, por que les es ingénita, ó innata la libertad, es decir: por que desde el momento en que fueron engendrados ó nacidos, fueron libres. Esta es la principal distincion que hay entre ellos y los libertinos: los quales tambien son libres; pero no desde su nacimiento, sino desde el tiempo de la manumision.

Con lo dicho se entiende facilmente la definicion. *Ingenuo es aquel, que es libre desde el instante de su nacimiento.* (1) De suerte que para

---

(1) L. 1. tit. 14. P. 4.

que alguno sea ingenuo se requieren tres cosas. La 1.ª que sea libre: porque el siervo de ninguna manera lo es. La 2.ª que sea libre desde el instante de su nacimiento; y así, si uno que naciese de una esclava fuese manumitido en el momento mismo del parto, no sería ingenuo sino libertino. La 3.ª que nunca haya estado en justa servidumbre: porque con un solo instante que huviese sido siervo aunque despues recobrase su primera libertad, no sería ingenuo sino libertino. (1)

Para poder juzgar acertadamente quienes son ingenuos, es necesario establecer un axîoma del que deducirémos despues varias conclusiones. Tal es el siguiente: *es in-*

---

(1) Arg. de dicha l. 1. tit. 14. P. 4.

genuo todo aquel que ha nacido de una madre, que á lo menos por un momento fué libre, ó al tiempo de la concepcion, ó al del parto, ó en el intermedio. (1) La razon de este axîoma, es la condicion tan miserable de los siervos, por cuya causa el derecho siempre favorece mas á la libertad que á la servidumbre; (2) y así juzga ingenuo y no siervo al infante cuya madre ha sido libre al menos un instante desde la concepcion hasta el parto. (3)

Del axîoma establecido se deducen varias conclusiones. 1.ª que es ingenuo el que ha nacido de padres libertinos, porque nunca ha

(1) L. 2. tit. 21. P. 4. (2) L. 1. tit. 34. P. 7. y 22. V. é esto tit. 9. P. 6. (3) dicha l. 2. tit. 21. P. 4.

estado en servidumbre. 2.ª que la manumision no daña á la ingenuidad; y así si un hombre libre injustamente detenido en servidumbre recobra su libertad, no es libertino sino ingenuo: pues nunca fuè siervo aunque estuvo en servidumbre. 3.ª que los hijos vendidos por su padre (1) y los adeudados despues de manumitidos, quedaban ingenuos. Por que segun nuestro derecho los deudores insolventes y los que hacian cesion de bienes, eran entregados à sus acreedores para que les sirviesen (2) pero como no eran siervos, sino que solamente prestaban sus obras como criados mercenarios; asi que acababan de pagar,

(1) L. 9. tit. 17. P. 4. (2) Ll. 4. 5. y 7. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

y conseguian su libertad, no quedaban libertinos sino ingenuos. 4.ª que el nacido de muger libre y de siervo, es ingenuo en virtud de que como diximos arriba el parto sigue al vientre. Finalmente por la misma razon es ingenuo el espurio nacido de madre ingenua aunque el padre sea incierto.

TITULO V.

De los libertinos.

Diximos arriba al comenzar el tratado de las personas, que los hombres libres, ó son ingenuos ó libertinos. Habiendo pues, tratado ya de los ingenuos, se sigue ahora hablar de los libertinos.

Libertino *es aquel que ha sido manumitido de una servidumbre justa*

y legitima. Decimos que ha de tener esta condicion, porque ya dexamos asentado que el que fué manumitido de una servidumbre injusta y violenta, no sería libertino sino ingenuo: v. g. José manumitido por Faraon quedó ingenuo; porque habiendo sido vendido injustamente por sus hermanos, no estuvo en una servidumbre legitima. (1) Veamos ahora qué es manumision y quales son los modos de manumitir adoptados por nuestro derecho.

Por ella entendemos, *el acto de dar de mano.* Por *mano* en derecho se significa la *potestad*; y asi se dice muchas veces que *los hijos*

---

(1) Ll. 4. 5. y 6. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast.

estan en la mano de sus padres, esto es *en su potestad*. Que los siervos pueden ser manumitidos, es claro, en el supuesto de que son cosas: luego están en dominio como las demas; y como este se puede renunciar ó abdicar, es indudable que tambien se puede manumitir.

Segun nuestro derecho, los siervos pueden ser manumitidos de dos maneras; ó por voluntad de su dueño, ó por ministerio de la ley. Por voluntad expresa del señor, consiguen la libertad, quando aquel se la dà, ó à presencia del juez ó en testamento, ó por carta, por si mismo ò por personero, ó de qualquiera otro modo que conste de la voluntad que tiene de manumitir, aunque no intervenga solemnidad alguna. Por que no obstante que

las leyes de Partida fundadas en el derecho de los romanos, establecian que la manumision no pudiese ser hecha por personero, y que había de verificarse delante de cinco testigos ó en escritura firmada de de otros tantos, (1) en el dia ninguna de estas solemnidades se requiere, en virtud de que la ley de recopilacion (2) manda que valga toda obligacion ó contrato hecho, en qualquiera manera que conste que uno se quiso obligar á otro.

Por voluntad tacita manifestada por los hechos, se tiene por manumitido el siervo á quien su señor instituye por heredero en su testamento (3) ó dexa por tutor de sus

(1) L. 1. tit. 22. P. 4. (2) L. 2. tit. 16. lib. 5. Rec. de Cast. (3) L. 3. tit. 3. P. 6.

hijos, aunque no diga que le concede la libertad. (1) Asi mismo quando se casa con su sierva, ó permite que otro hombre libre se case con ella, ó una libre con su siervo. (2) Lo mismo sucede quando el siervo recibe ordenes hasta el subdiaconado sabiendolo el señor y consintiendolo: por que si los recibe sin su consentimiento ni noticia, puede el señor mantenerlo en servidumbre: sino es que huviese sido promovido al Diaconado ó Presbiterado, que entonces quedarà libre; pero con la obligacion de pagar el precio que valía antes de ser ordenado, ó de dar otro siervo que valga tanto como él. (3)

(1) L. 7. tit. 16. P. 6. (2) L. 5. tit. 22. P. 4. y 1. tit. 5. P. 4. (3) L. 6. tit. 22. P. 4.

Por ministerio de la ley, aun contra la voluntad de su dueño consiguen los siervos su libertad, unas veces en pena de los delitos del señor, y otras en premio de algunas acciones recomendables. Del primer modo es libre por derecho la sierva prostituida por su señor. Así mismo lo es (1) el siervo expuesto en su infancia ó abandonado por vexéz ó enfermedad: (2) aunque en estos casos debe el señor proveerles de todo lo necesario durante el tiempo de la niñez, ó de la vida ó enfermedad. (3) En premio es libre el siervo que en campaña hace prisionero, ó mata al caudillo con-

(1) L. 4. tit. 22. P. 4. (2) L. 4. tit. 20. P. 4. (3) Real ced. de 31. de Mayo de 1789. cap. 6.

trario. El que descubriere al raptor de una muger virgen, ó al que fabrica moneda falsa, ó al que desamparó alguna fortaleza que estaba á su cargo, ó al Rey ó Capitan en alguna expedicion descubriese alguna traicion que se intentase contra el Rey ó contra el Reyno. Pero en estos casos el Rey, ó el otro señor á quien las descubriese, debe dar á su dueño tanto precio quanto vale el siervo. Es tambien libre, quando acusa al que dió la muerte à su señor, (1) y el siervo de moro ó judio que abandonando la secta que profesaba juntamente con su señor abrazare la Religion cristiana y se bautizare. (2)

(1) L. 3. tit. 22. P. 4. (2) L. 8. tit. 21. P. 4.

Por derecho de gentes, es libre el esclavo, que de los reynos extrangeros se pase â alguna provincia del nuestro, con animo de recobrar su libertad: como está decidido por repetidas cedulas y reales ordenes. (1)

Finalmente se juzga tan favorable por nuestro derecho la libertad, que la conseguirá qualquier siervo que por sí ó por otro presente á su señor el justo precio de ella: á cuyo efecto le han proporcionado nuestras leyes algunos medios. (2)

A la manumision son consiguientes varios oficios entre el li-

---

(1) Real cedula de 14. de Abril de 1789. y real orden de 25. de Marzo de 1801. (2) Arg. de la l. 2. tit. 22. P. 4. y de la real ced. de 31. de Mayo de 1789. cap. 3.

berto y su señor, que llaman derechos de patronato, de los que vamos á tratar aunque por la mayor parte están desacostumbrados. El fundamento de todos los derechos de los patronos, consiste en cierta especie de paternidad y filiacion que el derecho finge entre el patrono y su liberto. (1) La razon es clara: por que asi como el hijo debe à su padre la vida natural, el liberto debe à su patrono la civil. Durante la servidumbre no era mas que una cosa como las otras que están en el patrimonio, y por la manumision se hizo persona, adquirió cabeza en la republica y recibió el mayor beneficio que se puede hacer à un hombre

(1) Arg. de la l. 8. tit. 22. P. 4. y en ella Greg. Lopez al num. 4.

despues de la vida. (1) Los patronos pues, deben tener para con sus libertos el lugar de padres.

De este fundamento nacen todos los derechos del patrono. Porque como segun hemos dicho, el liberto es á semejanza de hijo para con su patrono, debe á este todo obsequio y reverencia; (2) y asi como el hijo no puede presentarse en juicio contra su padre sin impetrar venia del juez, de la misma suerte el liberto contra su patrono. Debe tambien mostrar su agradecimiento no solo con sus palabras, sino con toda especie de obras oficiosas ayudandole y cuidando de sus cosas quando sea necesario; pero no con obras de trabajo à que llaman fabriles, como coserle

(1) Dha. l. 8. tit. 22. P. 4. (2) Dha. l. 8. tit. 22. P. 4.

sus vestidos si es sastre, hacerle zapatos si es zapatero, si no es por convencion especial ó por mucha pobreza del patrono. (1) Sucede *ab intestato* en todos los bienes del liberto, no teniendo hijos nietos padres ni hermanos. Si hace testamento y no tiene ninguno de los parientes sobredichos, no llegando sus bienes al valor de cien maravedis de oro, debe dexar à su patrono la tercera parte. (2)

Estos derechos tienen lugar quando el señor dá libertad à sus siervos gratuitamente por sola su buena voluntad y por hacerles bien. (3) Mas si son manumitidos por meritos suyos ó en pena de los abusos

(1) Ll. 8. y 11. tit. 22. P. 4. (4) L. 10. tit. 22. P. 4. (2) L. 11. tit. 22. P. 4. (3) L. 11. tit. 22. P. 4.

de su señor, no quedan con obligacion alguna para con él. (1)

TITULO VI. Y VII. (*)

QUIENES NO PUEDEN DAR LIBERTAD A SUS SIERVOS Y POR QUE CAUSAS.

Aunque las leyes han procurado en quanto es posible favorecer la libertad facilitando los medios de que la consigan los que carecen de ella, no obstante se hallan algunos casos en que por justas causas han privado á los señores de la facultad de manumitir á sus siervos, que por principios generales de derecho les compete.

---

(1) Dha. l. 12. tit. 22. P. 4.

(*) Al tit. 7. nada corresponde por nuestro derecho. En èl se deroga la ley

El primer caso se verifica en la manumision hecha en fraude de los acreedores. Acerca de esta disponen las leyes, que no valga la libertad dada á sus siervos por aquel que estando cargado de deudas, no teniendo como satisfacerlas completamente y consistiendo su patrimonio

---

llamada Fusia Caninia que por otros motivos distintos de los que se refieren en el tit. VI. prohibìa dar la libertad á los siervos, si no era en cierta proporcion con el numero de los que se tenían. Sea lo que fuere de la justicia de los motivos, acerca de la qual estàn discordes los autores, lo cierto es que por nuestro derecho no hay mas impedimento para dar libertad à los siervos que el perjuicio que se ocasione á los acreedores, ó á los herederos forzosos, en el caso de que las libertades dadas excedan la quinta ó tercera parte de los bienes del testador y perjudiquen la legitima que les corresponde conforme á derecho. L. 12. tit. 6. lib. 5. Recop. de Cast.

ó la mayor parte de él en siervos, los manumitiese con la mira de defraudar á sus acreedores y hacer ilusorio su derecho. (1) Los siervos aun en el dia forman en muchas provincias la mayor parte de las riquezas de los propietarios, y como en derecho se reputan por cosas, no es menos rico el que tiene muchos siervos, que el que posee muchas cabezas de ganado casas y haciendas. Por tanto el que les diese libertad à todos, aniquilaría ó disminuiría mucho su patrimonio con perjuicio irreparable de sus acreedores. Para ocurrir á este inconveniente se han declarado *nulas*, ó de ningun valor y efecto semejantes manumisiones. (2)

(1) L. 24. tit. 3. P. 6. (2) Dha. l. 24. tit. 3. P. 6.

Para inteligencia de esta materia, es necesario advertir que hay mucha distincion en derecho entre lo que es *nulo y rescindible*. Nulo se dice aquello que sin necesidad de intentar accion judicial, no produce efecto alguno; v. g. la enagenacion hecha por un infante. Por el contrario rescindible se llama lo que en sí es valido y capaz de producir su efecto; pero el juez por justas causas lo irrita ó deshace; v. g. la enagenacion de las cosas de los menores hecha con consentimiento del curador. Esta es una verdadera y legítima enagenacion que produce su efecto. No obstante si aparece despues que el menor ha sido dañado, puede el juez rescindirla declarando al menor el beneficio de la restitucion. Ahora pues, no toda

enagenacion hecha en fraude de los acreedores es nula, si no que se rescinde por el juez, valiendose los dañados de la accion pauliana que les compete para recobrar lo que ha sido enagenado en fraude de sus creditos. (1) Mas la manumision hecha en fraude de los acreedores, no se rescinde sino que por el mismo hecho es nula. La razon de esta diversidad consiste, en que la libertad una vez dada no se puede rescindir ni quitar, por lo que tienen las leyes por mejor declarar que no fue dada. A esto se añade que con la accion pauliana, se recobra del poseedor lo que ha sido enagenado; (2) mas en la manumision nada se enagena, ni hay quien posea la servidumbre de que ha sido

(1) L. 7. tit. 15. P. 5. (2) Dha. l. 7. tit. 15. P. 5.

librado el siervo. No había pues, otro modo de ocurrir al daño de los acreedores, que estableciendo por regla general, que en quanto al efecto nada hace el que manumite en fraude de ellos.

Resta ahora explicar, que sea manumitir en fraude de los acreedores. Por *fraude* se entiende todo dolo dirigido à engañar á otro. Pero no todo dolo es malo, sino solamente aquel que tiene por objeto engañar para causar daño, v. g. quando uno maliciosamente dá á otro una moneda de cobre plateada, por corriente. Como aqui se trata de un fraude y de un dolo malo, para que se verifique son necesarias dos condiciones. 1.ª Animo intencion ó deseo de defraudar à los acreedores: esto es, que sepa el deudor que manumitiendo los

siervos, no le queda con que pagar y que no obstante eso proceda à manumitir. 2.ª Que resulte el efecto de no poder satisfacer à los acreedores, manumitidos los siervos. (1) Qualquiera de estas dos condiciones que falte, es valida la manumision. Y asi, si uno con buena fé da libertad á su siervo, por que se cree tan rico que pueda satisfacer completamente á sus acreedores, aunque efectivamente no alcanze, nada ha hecho en fraude suyo, por que faltó el deseo é intencion de defraudarlos. Y si otro, de treinta siervos que tenía, hubiese manumitido tres quedando con lo suficiente para pagar á sus acreedores, aunque hubiese tenido intencion de defraudarlos, nada hizo en fraude suyo, si estas

(1) L. 24. tit. 5. P. 6.

manumisiones no produxèron el efecto de que fuesen dañados. (1) (*)

Para manumitir á los siervos requerian antiguamente las leyes la edad de 20 años, y habiendo justas causas para la manumision permitian que se hiciese

(1) Dha. l. 24. tit. 3. P. 6.

(*) Esta nulidad de las manumisiones que hemos explicado padecìa dos excepciones. La 1.ª se ha insinuado ya, y era quando alguno juzgandose mas rico de lo que era en la realidad manumitia con buena fe. Y la 2.ª quando no hallando el testador quien quisiese ser su heredero, instituía á un siervo suyo por tal, dandole la libertad aunque fuese con perjuicio de sus acreedores. La razon de esta excepcion era, que entre los romanos se tenìa por ignominioso que los bienes de un ciudadano que hubiese muerto insolvente, se subhastasen por los acreedores en su nombre. Para evitar pues este deshonor, permitìa el derecho que en estos casos pudiese instituir á un siervo por here-

aun à la edad de 17. (1) Las causas que se juzgaban suficientes, eran varias, y las expresa muy bien la ley de Partida. » Como si á aquel » á quien quisiese aforrar fuese su » fijo ó su fija que oviese de al- » guna su sierva, ó si fuese su pa- » dre ó su madre, ó su hermano ó

---

dero, el qual lo era necesariamente y nada lucraba de la herencia: pues en esta institucion solo había el objeto de que los bienes no se pregonasen en nombre del difunto para consultar á su fama, sino en el del siervo heredero. Esta preocupacion se supone existente por la ley 24. tit. 3. Part. 6. y por tanto dispone lo mismo que el derecho de romanos. Pero en el dia no es admisible semejante excepcion, por que no se tiene por ignominiosa la venta de los bienes de ningun difunto. Asi vemos frecuentemente que en pública almoneda se subhastan las bibliotecas y menages de las casas de los hombres mas ilustres, aun quando nada deben á otro.

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

„ su hermana, ó su maestro que le
„ enseñase, ó su amo, ó ama que
„ le criase, ó si fuese su criado ó
„ criada, ó si fuese con el criado
„ á leche de una muger, ó si fuese
„ tal siervo que oviese librado à
„ su señor de muerte, ó de mala
„ fama, ó si quisiese aforrar à al-
„ guno de sus siervos para facerlo
„ procurador para recabdar sus cosas
„ fuera de juicio, habiendo el siervo
„ à lo menos 17. años cumplidos,
„ ó si aforrase su sierva para casar
„ con ella." Probandose por el señor alguna de estas causas delante del juez, aun quando fuese menor de 20 años, como fuese mayor de 17. podía dar la libertad à sus siervos con consentimiento de su curador. (1)

(1) L. 1. tit. 22. P. 4.

Lo dicho tenía lugar quando la manumision era hecha en vida, pues si se hacia en testamento bastaba que el señor tuviese la edad de 14 años. (1) Pero ahora no estando en uso estas leyes, es muy probable que tanto en testamento como fuera de él puede qualquiera manumitir á la edad de 14 años y sin que se exîja justa causa para ello. Solo sí, en los menores de 25 se deberá exigir respectivamente el consentimiento del tutor ó curador, por carecer hasta esa edad de la libre administracion de sus bienes.

Como esta amplia facultad concedida á los señores es en beneficio de los siervos, para que no

(1) Dha. l. 1. tit. 22. P. 4.

ceda en daño suyo, está prevenido que no puedan los dueños dar libertad por descargarse de las obligaciones de alimentos y vestido, à aquellos esclavos, que por su mucha edad ó enfermedad no se hallen en estado de trabajar, y lo mismo á los niños y menores de qualquiera de los dos sexôs. Y en caso de manumitirlos debe ser proveiendoles del peculio suficiente señalado por el señor à arbitrio del juez, y con audiencia del procurador sindico (1) como protector de esclavos.

---

(1) Real cedula de 31. de Mayo de 1789 cap. 6.



TITULO VIII.

De la potestad dominica.

Otra division de los hombres aprobada por el derecho es: en unos que están libres de toda potestad, y otros que están sugetos á potestad agena. Si esta division no se mira con cuidado, es facil creer que coincide con la primera, por la que dividímos á todos los hombres en libres y siervos; pero no es así, por que hay muchos hombres libres, que están sugetos á potestad agena, v. g. los hijos, è hijas de familia, no siendo siervos sino libres. Dirémos pues, que las personas no sugetas á potestad, y que en derecho se llaman *sui iuris* son aquellas que están libres de potestad dominica y patria, y estas

se dicen *padres de familia* de qualquier edad que sean: v. g. un infante que acaba de nacer, es padre de familias sino tiene padre ni señor. Por el contrario están sugetos à potestad agena todos aquellos que se hallan baxo de la de su padre, ó *señor*: los primeros se llaman *hijos ó hijas de familia*, y los segundos *siervos ó esclavos*. En este titulo se tratará de la potestad dominica, y en el siguiente de la patria.

El fundamento de la potestad de los señores es el estado de los siervos: es decir que los derechos que corresponden á los señores sobre sus siervos, estriban en no considerarse estos como personas, sino como cosas que están en el dominio de su dueño, no de otra manera que un buey, ó un caballo.

De suerte que por derecho antiguo de los romanos era principio inconcuso: que todos aquellos derechos que competen al señor en su cosa le competen tambien en su siervo. De este principio tan general nació el abuso, que hicieron los señores de una facultad tan absoluta. No se limitó à adquirir por medio de los siervos, exigiendo de ellos con crueldad quanto ganaban, ni solamente á tenerlos en el comercio como qualquiera otra cosa mueble ó semoviente, sino que se llevó hasta el exceso de quitarles la vida aun por muy leves causas.

Nuestro derecho aunque conviene en que los siervos son cosas que están en el dominio de sus dueños, teniendo tambien consideracion á que son hombres y en este con-

cepto iguales á qualquiera otro, han concedido solamente á los señores aquellas facultades, que son necesarias para sacar de ellos una justa utilidad; pero sin violar las leyes sagradas de la caridad cristiana, y de la humanidad. Les concede pues, un poder lleno y cumplido para hacer de ellos lo que quieran; (1) pero les prohibe matarlos, lastimarlos, y tratarlos con demasiada crueldad. (2) Impone à los siervos la obligacion tan justa y conforme á la recta razon, de obedecer y respetar á sus dueños, de desempeñar las taréas y trabajos que les señalen, y de venerarlos como á sus señores y padres de familia; pero al mismo tiempo toma las mas oportunas precau-

(1) L. 6. tit. 21. P. 4. (2) dha. l. 6.

ciones para que estos no excedan sus facultades. Para el caso pues, de que falten à alguna de estas obligaciones ó cometan algunos excesos, les da poder para castigarlos correccionalmente segun la calidad del defecto ó exceso, con prision, grillete, cadena, maza, cepo no poniendoles en este de cabeza, ó con azotes que no puedan pasar de veinte y cinco y con instrumento suave que no les cause contusion grave ó efusion de sangre. (1) Si los castigos expresados no fueren suficientes por haber sido grave el delito cometido por el siervo, ya sea contra sus amos muger ó hijos, ya contra qualquiera otra persona, no tiene entonces el señor mas facultad para su castigo,

(1) R. Ced. de 31 de Mayo de 1789. cap. 8.

sino que deberá dar parte à la justicia (1) para que se proceda contra èl, en la forma que explicarémos en otra parte.

Si los señores ó sus mayordomos maltrataren á los siervos, ó se excedieren en los castigos correccionales que unicamente les están permitidos causandoles contusiones graves efusion de sangre ó mutilacion de miembro, ademas de imponerseles pena pecuniaria segun merezca la gravedad del exceso, se procederá contra ellos criminalmente à instancia del procurador sindico, substanciando la causa conforme á derecho, y se les impondrá la pena correspondiente al delito cometido como si fuese libre el injuriado, confis-

(1) Dha. R. Ced. cap. 9. lib. 4. tit. 8.

candose ademas el esclavo para que se venda à otro dueño si quedare habil para trabajar, aplicando su importe á la caxa de multas. Mas si el esclavo quedare inhabil para ser vendido, sin devolverselo al dueño ni mayordomo que se excedió en el castigo, deberá contribuir el primero con la quota diaria que se señalare por la justicia para su mantencion y vestuario por todo el tiempo de la vida del esclavo. (1)

La adquisicion por medio de los esclavos, ha tenido tambien bastante moderacion: pues aunque deben siempre ocuparse en beneficio y utilidad de sus señores en trabajos proporcionados á sus edades fuerzas y robustés, no obstante les concede

(1) R. Ced. de 31. de Mayo de 1789. cap. 10.

el derecho algun tiempo para emplearlo en su utilidad y adquirir con sus ganancias algun peculio verdaderamente propio. A este efecto está dispuesto, que debiendo principiar y concluir sus trabajos de sol á sol, se les dexen en este mismo tiempo dos horas libres en el dia para emplearlas en manufacturas que cedan en su personal beneficio y utilidad. (1) Y la practica del dia, aun mas benigna, es que los señores, que se sirven de esclavos, les permiten liberalmente que adquieran para sí en todas las horas en que no hacen falta á los oficios à que los destinan, cediendoles tambien todas las donaciones que se les hacen, y tratandolos en todo como à los criados mercenarios. (*)

(1) La misma R. Ced. cap. 3.

(*) Vease sobre esta materia la nota que está al fin de este libro.

TITULO IX.

De la patria potestad.

Por patria potestad entendemos aquella autoridad y facultades que tanto el derecho de gentes como el civil conceden à los padres sobre sus hijos con el fin de que estos sean convenientemente educados. De aqui se infiere, que hay una patria potestad que dimana de la recta razon ó del derecho de gentes, y otra que es inventada por el derecho civil: aquella no dá mas facultades á los padres que las que son necesarias para conseguir el fin, que es la conveniente educacion de los hijos; esta se extiende á concederles algunas otras facultades y derechos que los indemnicen en alguna manera del trabajo que de-

ben tener para formar de sus hijos unos ciudadanos utiles á la republica.

Considerada la patria potestad por derecho de gentes, no es otra cosa que aquella facultad que tienen los padres para gobernar y dirigir las acciones de sus hijos concedida por la naturaleza con el fin de que puedan darles la conveniente educacion á que están obligados. La razon de esta potestad es evidente. Como quando los hijos son todavía infantes ó niños pequeños y aun jovenes, no están dotados de aquella perspicacia de ingenio y habilidad necesaria para que ellos mismos pudiesen por si buscar sus alimentos y saber como deben arreglar sus acciones á la recta razon, Dios que quiso que exîstie-

sen, se conoce que quiso tambien encomendar à otros el cuidado de su educacion. Y como no puede haber otros mas á proposito que sus mismos padres, á quienes con este fin ha infundido un tierno amor, se infiere claramente que este oficio incumbe principalmente á los padres, y que deben estar revestidos de toda aquella autoridad que se requiere para dirigir y gobernar las acciones de sus hijos, que es lo que se llama *patria potestad*

Segun este derecho, es comun la potestad à ambos padres: porque de uno y otro es propio el oficio de educar à los hijos comunes; y concediendose por ella todo aquello sin lo qual no pueden dirigirse sus acciones, es facil de conocer que es licito á los padres prescri-

bir á los hijos lo que deben hacer y lo que deben omitir, y à los desobedientes no solo reprehenderlos, sino tambien castigarlos segun lo exîja su culpa con consideracion á su edad sexô y otras circunstancias. Por la razon contraria se infiere que esta potestad no se extiende à derecho de vida y muerte sobre los hijos, ni tampoco á venderlos empeñarlos entregarlos à *la noxâ* y adquirir todo lo que les venga de otra parte pues es claro: que ninguna de estas facultades es de tal naturaleza que sea necesaria para conseguir el fin que hemos dicho. Pero como la potestad de los padres consiste en la facultad de dirigir las acciones de los hijos, no se les debe negar el derecho de mandarles hacer algunas obras se-

gun su condicion, y de percibir la utilidad de ellas, y aun de administrar aquellos bienes que han adquirido por beneficio de los hombres ó de la fortuna.

Finalmente siendo constante que conseguido el fin deben cesar los medios, por tanto se acaba esta potestad, no solo por la muerte de los padres, sino tambien quando los hijos varones estan en tal edad y circunstancias que pueden vivir separados y formar nueva familia, ó si las hijas ó nietas se casan y pasan à otras familias, al contrario del derecho de los romanos y del antiguo de España que mantenía á los hijos con sus mugeres y descendientes por toda su vida en la patría potestad, sino es que los padres ó abuelos quisiesen de su vo-

luntad emanciparlos.

La patria potestad por derecho civil de España, se diferencia poco de la que concede el derecho de gentes. Es pues, un derécho que se concede al padre sobre sus hijos, no solo para conseguir la comoda educacion de ellos, sino tambien para utilidad del mismo padre y de toda la familia. (1) Como en esta potestad se halla una parte gravosa á los padres, y otra que les es util, se puede dividir la patria potestad en onerosa y util. La primera es comun al padre y á la madre, sean legitimos, ó ilegitímos los hijos, como que casi no es otra cosa que las obligaciones

(1) L. 5. tit. 20. P. 2. y 1. 3. y 5. tit. 17. P. 4.

mismas que la recta razon ha impuesto á todos aquellos que han dado el ser à otro. (1) La segunda comprehende algunos derechos que producen honor y utilidad à los padres que han tenido hijos conforme al orden establecido por el derecho, y á quienes es justo remunerar, asi el trabajo que toman en su educacion, como el servicio que hacen à la republica multiplicando los ciudadanos honrados. Esta es propia de solo el padre, (2) asi por que es la cabeza de la familia, como por que supone el derecho que es el que ha trabajado mas en lo formal de la educacion de los hijos, y el que con su actividad los ha puesto en estado de

---

(1) L. 5. tit. 19. P. 4. y R. Ced. de 11. de Dic. de 1796. art. 25. (2) L. 2. y 8. tit. 17. P. 4.

producir utilidad. (1) Verémos en primer lugar las obligaciones que abraza la patria potestad onerosa, y en segundo los derechos que concede la util.

La primera es criar y alimentar á los hijos. Esta obligacion y cuidado es á cargo de la madre hasta los tres años, y del padre de alli adelante. (2) La 2.ª instruirlos gobernarlos, y quando fuere necesario, castigarlos moderadamente para hacerse obedecer de ellos. (3) Otra de las principales obligaciones de l s padres en lo perteneciente à la vida civil es, encaminar y proporcionar à sus hijos para algun oficio ó destino

(1) L. 3. al fin ℣. Ca asi como es razon tit. 20. P. 2. (2) Ll. 3. tit. 8. lib. 3. del Fuer. R. y 1. 2. 3. 4. y 5. tit. 19. P. 4. (3) L. 3. tit. 20. P. 2. y 18. tit. 18. P. 4.

útil con que puedan pasar la vida con honor y comodidad, (1) y siendo negligentes los padres en el cumplimiento de una obligacion tan importante, ó estando imposibilitados deben los magistrados tomar en sí este cuidado. (2)

Estos son los cargos anexôs à la patria potestad onerosa. Las utilidades que produce la lucrativa son: 1.ª La propiedad de los bienes adquiridos por los hijos con el peculio profecticio. (3) Este se llama asi por que dimana del padre ó de los parientes de parte de èl, ó por que viene á los hijos por respecto suyo. 2.ª El usufructo de los adventicios ó adquiridos por parte de la madre ó

---

(1) R. Ced. de 12. de julio de 1781. art. 1. (2) Dha. R. ced. art. 2. (3) L. 5. tit. 17. P. 4.

de sus parientes, por herencia ó beneficio de la fortuna ó de la industria. (1) Pero debe el padre administrar estos bienes de sus hijos, y defenderlos asi en juicio como fuera de él por toda su vida; (2) y en caso de emancipar al hijo le conceden las leyes que se quede con la mitad del usufructo que tenìa, y que solo le entregue la otra mitad, permaneciendo en todo caso la propiedad en el hijo. (3) 3.ª La facultad de vender ó empeñar á sus hijos en caso de hambre ó de suma pobreza, que no pueda remediar de otra suerte; pero devolviendo despues el hijo ú otro por él la cantidad que recibió su padre, debe quedar libre. (4) 4.ª

(1) Dha. l. 5. tit. 17. P. 4. (2) Dha. l. 5. (3) L. 15. tit. 18. P. 4. (4) L. 8. tit. 17. P. 4.

Ultimamente compete á los padres la facutad de dar ó negar la licencia y consentimiento para el matrimonio de sus hijos menores de 25. años, y de sus hijas menores de 23. sin que tengan obligacion en caso de disenso de explicar la causa, ni dar la razon de él. (1) Esta prerrogativa es la única que se comunica à la madre en defecto del padre, no teniendo el hijo 24. años y la hija 22. (2)

Los modos de adquirir la patria potestad, son: 1.° El matrimonio legítimo ó contraído conforme al orden establecido por la iglesia: (3) 2.° La legitimacion; (4) y 3.° la

(1) Real decreto de 10. de abril de 1803. (2) Dho. R. decreto (3) L. 4. tit. 17. P. 4. (4) Arg. de las leyes 1. y 2. tit. 17. P. 4.

adopcion. (1) A estos suele añadirse la sentencia del juez que declara ser hijo legítimo aquel de quien se dudaba; y el delito que cometiese un hijo contra su padre que lo había emancipado. (2) Pero el primero mas es modo de probar la patria potestad, que de fundarla; y el segundo solo es una pena que impone el derecho al hijo ingrato, y que por tanto no es un modo comun de adquirirla. Tratarèmos pues aqui solamente de los tres que hemos dicho, y primeramente del matrimonio.

(1) L. 4. del mismo tit. (2) La misma l. 4. tit. 17. P. 4.



TITULO X.

De las nupcias ò matrimonio.

El primer modo de adquirir la patria potestad, es el matrimonio. Este no solo es un contrato que trae su orígen del derecho natural y de gentes confirmado y autorizado por el derecho civil, sino tambien un sacramento instituido por Jesu Cristo reconocido y venerado como tal en la Iglesia Catolica. Bajo este supuesto verèmos en este titulo: 1.° que sea el matrimonio: 2.° con que solemnidades y ritos se contrae: 3.° quienes puedan contraerlo, y 4.° en que penas incurren los que lo contraen ilegitimamente.

Quanto à lo primero: el matrimonio se define: un *contrato indisoluble de sociedad celebrado entre*

dos personas de diverso sexô, con el fin de procurar la procreacion de la prole, y de cuidar de su conveniente educacion. (1) Se dice que es *un contrato*, por que para su valor requiere precisamente el consentimiento de ambas partes: (2) *indisoluble*, por que aunque todo contrato consensual se pueda disolver por mutuo disentimiento, este por la naturaleza de sus obligaciones, y por derecho divino, canonico y civil no puede disolverse. (3) Se dice que este contrato es *de sociedad* por que no es otra cosa que el consentimiento de dos acerca de un mismo fin y de unos mismos medios. *Entre dos personas de diverso sexô*, por que la poligamía si es viril, es del todo opuesta

(1) L. 1. tit. 2. P. 4. (2) L. 5. tit. 2. P. 4. (3) L. 7. del mismo tit.

el fin del matrimonio; y si es muliebre, es menos conforme à èl, y prohibida por el derecho divino, eclesiastico y civil. (1) Finalmente se añade que en esta sociedad se debe tener por fin *la procreacion y educacion de la prole*, por que el fin que Dios se propuso instituyendo el matrimonio, fue que el genero humano se propagase ordenadamente, y que se supliese con nuevos individuos el numero de aquellos, que cada dia pagan la deuda comun de la naturaleza. (2)

Hasta aqui hemos investigado la naturaleza del matrimonio en su definicion; siguense ahora los ritos y solemnidades con que se con-

(1) L. 3. del mismo tit. (2) L. 4. del mismo tit. V. *é las razones* al medio.

trahe. Entre estas, unas hay que preceden, y otras que acompañan al matrimonio. De la primera especie son los esponsales, los que aunque no son necesarios para su valor, no dexan de precederle quando este se contrae con la maduréz que se requiere. No son otra cosa, que una promesa mutua de futuro matrimonio; (1) y aunque esta no es mas que un mero pacto celebrado sin solemnidades algunas, es de tal fuerza, que por ella quedan obligados los desposados à contraer matrimonio despues. (2) Y aunque por derecho novisimo (3) en ningun tribunal eclesiastico ni secular se deben admitir demandas de es-

---

(1) L. 1. tit. 1. P. 4. (2) Ll. 1. y 7. tit. 1. p. 4. (3) Real decreto de 10 de abril de 1803.

ponsales que no estén reducidos á escritura publica, esto prueba que no producirán accion sin este requisito; pero si obligacion, siempre que no haya una justa causa para reusar su cumplimiento. Finalmente para contraerlos, basta la edad necesaria para consentir, que es la de siete años, (1) y el consentimiento de los padres en los que son hijos de familia, que es la segunda solemnidad que debe preceder al matrimonio.

Es verdad que la licencia de los padres y su consentimiento, no es un requísito necesario para que sea valido el matrimonio contraido por los hijos de familia; pero sí lo es para que sea licito. No se

(1) L. 6. tit. 1. P. 4.

puede dudar que falta gravemente al respeto veneracion y agradecimiento que debe á sus padres, el hijo que se empeña en un asunto de tanta consideracion como el matrimonio, sin pedir y obtener su consentimiento aun quando sea mayor de edad ó haya salido de su potestad: (1) pues nada de esto es motivo para que se extinga el amor de veneracion y agradecimiento que les debe siempre tener. Mas como en este punto de conceder ó negar el permiso para el matrimonío, puede haber de parte de los padres una resistencia perjudicial ó puramente de capricho, y de parte de los hijos una pasion ardiente y fogosa que los empeñe sin re-

---

(1) Prag. Sanc. de 23 de Marzo de 1776.

flexîon en una alianza de consecuencias funestas; para evitar los inconvenientes de la arbitrariedad, y dar una regla fixa, se ha señalado por derecho la edad hasta la qual pueden los padres usar de su potestad impidiendo del todo el matrimonio sino es de su agrado, y que cumplida la que se requiere, entren los hijos al goze de su libertad contraiendolo á su arbitrio. Pero en este caso aunque las leyes no exîgen que se pida licencia ni consejo á los padres, faltarán á su obligacion los hijos que no les dén esta señal de respeto y de amor, ó que no hagan caso de la resistencia fundada que hagan sus padres à su matrimonio por indecoroso ó perjudicial.

Lo ultimamente dispuesto so-

bre este particular, se puede reducir á quatro puntos. 1. Que ni los hijos de familia menores de 25 años ni las hijas menores de 23 puedan contraer matrimonio sin licencia de sus padres, quienes en caso de resistir el que sus hijos ó hijas intentaren, no estarán obligados á dar la razon ni explicar la causa de su resistencia ó disenso. Los hijos que hayan cumplido 25 años, y las hijas 23, podrán casarse á su arbitrio sin necesidad de pedir ni obtener consejo, ni consentimiento de sus padres. 2. En defecto del padre, tiene la madre la misma autoridad; pero los hijos ó hijas adquieren la dicha libertad un año antes de la referida, es decir á los 24 el varon, y à los 22 la muger. 3. A falta de padre y ma-

dre recae la autoridad en el abuelo paterno, y à falta de este en el materno; pero en este caso es libre el varon à los 23, y la muger á los 21 cumplidos. 4. A falta de los referidos recae la autoridad en los tutores; y á falta de estos en los jueces del domicilio; entonces son libres los varones à los 22, y las mugeres à los 20 cumplidos. (1) Aunque los padres madres abuelos y tutores segun hemos dicho ya, no tengan que dar razon á los menores de las edades señaladas, de las causas que tengan para disentir à sus matrimonios, no obstante los que fueren de la clase que deben solicitar el real permiso, pueden recurrir á

(1) Real decreto de 10. de abril de 1803.

S. M. ó à la Camara, Gobernador del consejo y gefes respectivos, para que por medio de los informes que tomen, se conceda ó niegue el permiso correspondiente para que estos matrimonios puedan tener ó no efecto: en las demas clases del estado ha de haber el mismo recurso à los Presidentes de chancillerias y audiencías, y al Regente de la de Asturias, los quales procederán en los propios terminos.

Las proclamas ó denunciaciones, son otro requisito y solemnidad que debe preceder al matrimonio. Estas tienen por objeto hacer publico el matrimonio que se ha de contraer, para que si alguno sabe algun impedimento que obste á su celebracion, lo denuncie al parroco. Deben hacerse en tres dias de fiesta continuos en

la iglesia y al tiempo de la misa mayor; y siendo los contrayentes de diversas parroquias, deben proclamarse en ambas. (1)

Otra solemnidad, y que absolutamente se requiere para el valor del matrimonio, es que se celebre delante del propio parroco de alguno de los contrayentes (ó de otro sacerdote de licencia del mismo parroco ó del ordinario y de dos ó tres testigos. (2)

Finalmente es constante, que desde los primeros siglos de la iglesia, se ha celebrado el matrimonio con algunas sagradas ceremonias y preces, que aunque no pertenecen à

(1) Conc. de Trent. sess. 24 cap. 1. de Reform. Rit. Rom. de sacr. matr.
(2) Conc. de Trent. ses. 24. cap. 1. de Ref.

su esencia sería un crimen omitirlas. Han sido varias segun la diversidad de tiempos y lugares. El dia de hoy conforme al Ritual Romano de Paulo V. mandado observar desde el año de 1614. despues de haber expresado los contrayentes su mutuo consentimiento con cierta formula solemne que les propone el sacerdote, y certificadose de este, les manda darse las manos diestras, y les dice: *Ego vos coniungo in matrimonium &c.* Siguense despues las bendiciones nupciales que tambien se llaman velaciones, las que recibidas, surte el matrimonio todos sus efectos, así en lo eclesiastico como en lo civil. (1)

Veamos ahora que personas pueden contraer matrimonio. Para

---

(1) Ritual Rom. de sacr. matr.

que este pueda verificarse, se requieren las siguientes condiciones. 1.ª Que los contrayentes hayan llegado á la pubertad, esto es que el hombre tenga 14. años, y la muger 12. De otra suerte no se tienen por capaces para conseguir el fin del matrimonio que es la procreacion de la prole y su conveniente educacion. (1) 2.ª Que un hombre solo, se case con una sola muger, y una sola muger con un solo hombre; por que segun diximos arriba, la poligamia es prohibida por todo derecho. 3.ª Que los hijos de familia y menores de la edad señalada, no contraigan matrimonio sin el consentimiento de sus padres ó madres, abuelos ó tutores &c. respectivamente; y si lo contra-

(1) L. 6. al fin tit. 1. P. 4.

xeren serán expatriados y confiscados sus bienes. (1) La 4.ª condicion es, que las personas no sean inhabiles por derecho; pues entre algunas se prohibe el matrimonio como *incestuoso*: entre otras como *irreligioso*; y entre otras finalmente como *dañoso*.

Es prohibido como incestuoso el matrimonio entre los parientes cercanos, ya lo sean por consanguinidad ó por afinidad. Para inteligencia de esto es necesario explicar. 1.º Que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad: 2.º de que modo se cuentan los grados; y 3.º hasta donde llega la prohibicion.

Veamos primeramente que sea parentesco de consanguinidad y de afinidad. Parentesco de consangui-

(1) R. decreto de 10. de abril de 1803.

nidad es la union ó conexion natural que hay entre aquellas personas que descienden de una misma raiz ó tronco: v. g. el padre y la hija son consanguineos por que descienden de un tronco comun, es decir del abuelo. El hermano y la hermana son consanguineos por que descienden del mismo padre ó madre. (1) Parentesco de afinidad, es el vínculo que se contrae por el matrimonio consumado, ó por copula ilicita entre el hombre y los parientes de la muger, y entre la muger y los parientes del hombre. Por exemplo: los padres de mi muger sus hermanos y hermanas &c. son afines mios; y mis padres hermanos y hermanas &c. son afines de mi muger; pero mi

(1) L. 1. tit. 6. P. 4.

hermano, y el hermano ó hermana de mi muger, no son afines entre sí. (1)

Siguese ahora el modo de computar los grados. Grado no es otra cosa que la distancia que hay de un pariente á otro proveniente de las mas ó menos generaciones que median. (2) Si se han de contar muchas personas que engendraron ó que fueron engendradas, esta serie se llama linea. (3) Esta ó es recta ú obliqua, à que tambien llaman transversal ó colateral. Linea recta es aquella que solo comprehende personas generantes y engendradas. Obliqua es aquella que abraza otras personas. Si en la linea recta se cuenta subiendo desde la ultima

(1) L. 5. tit. 6. P. 4. (2) L 3. del mismo tit. (3) L. 2. del mismo tit.

persona hasta sus progenitores, se llama de *ascendientes*: v. g. padre abuelo bisabuelo &c. Si se cuenta bajando, se llama de *descendientes*: v. g. bisabuelo abuelo padre hijo nieto bisnieto &c. La linea obliqua y transversal, ó es igual ó desigual: se llama igual, quando por ambos lados se halla igual numero de personas y de grados; y desigual, quando por un lado se encuentra mayor, y por el otro menor numero de grados y de personas. Entendidas estas definiciones se entienden facilmente tres reglas que se dan para la computacion de grados.

1.ª En la linea recta se cuentan tantos grados, quantas son las generaciones. (1) Si deseo pues sa-

(1) L. 4. tit. 6. P. 4.

ber quantos grados dista Ticio de Cayo su hijo, como no encuentro mas que una generacion, concluyo que no dista mas que un grado.

2.º En la linea obliqua igual el derecho civil cuenta ambos lados, y el derecho canonico uno solamente. Es decir, que en la linea colateral igual, quantos grados dista uno del tronco comun, otros tantos doblados dista de la otra persona con quien sea comparada: por que segun el derecho civil cada persona hace un grado. (1) No asi por derecho canonico. La razon de esta diversidad es por que segun la computacion civil, para saber los grados que hay entre dos personas, se sube al tronco desde la una, y despues se baja

(1) L. 4. del mismo tit.

hasta la otra. Este es el motivo por que no hay primer grado en esta linea, que debe necesariamente empezar del segundo por no poder verificarse subida y bajada de otra manera. Por exemplo: los hermanos de donde comienza esta linea, distan entre sí dos grados, uno de subida de ellos al padre que es el tronco comun, y el otro de bajada del mismo padre al otro hermano. Segun la computacion canonica solo se sube, y de ahí es que un hermano solo dista del otro un grado. (1)

3.ª En la linea transversal desigual, por derecho canonico quantos grados dista del tronco comun el mas remoto, tantos distan entre sí: v. g. Ticio, y Berta hija de su hermano

---

(1) Ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

Sempronio están en segundo grado, por que de Berta á Sempronio, se sube un grado; y de Sempronio á su padre que lo es tambien de Ticio, y por lo mismo tronco comun, se sube otro. (1)

De este modo se computan facilmente los grados de consanguinidad. Por lo que toca á los de afinidad se debe observar, que en ella propiamente no hay grados: por que no nace de la generacion, sino del ayuntamiento carnal; pero por analogía, se distinguen y cuentan del mismo modo que en la consanguinidad. La razon es, por que haciendose como una sola persona del hombre y la muger por el matrimonio y por la copula carnal, es muy justo que el

(1) L. 3. tit. 6. P. 4.

hombre se haga pariente de los consanguineos de la muger, y esta de los consanguineos del hombre en el mismo grado que lo son de cada uno: v. g. por que mi muger dista un solo grado de su padre, yo no disto de mi suegro sino uno solo: y en la linea transversal la hermana de mi muger está en primer grado conmigo por derecho canonico, y en segundo por el civil. (1)

Hasta aqui hemos visto el modo de contar los grados de parentesco; veamos ahora hasta donde se extiende la prohibicion de contraer matrimonio, ya sea con los consanguineos, ya con los afines. Sobre este punto se establecen las reglas siguientes.

(1) L. 5. tit. 6. P. 4.

1.ª *En la linea recta, esto es, entre los ascendientes y descendientes, está prohibido el matrimonio sin limites.* Esta regla concuerda con todos los derechos, y se dice en ella que no hay limites en la prohibicion para dar à entender que se extiende á los grados mas remotos. (1) La bisabuela v. g. no puede casarse con su bisnieto, del mismo modo que ni la abuela con su nieto, ni la madre con su hijo. Para mejor inteligencia suele esta regla ilustrarse con aquel cèlebre exemplo, de que si Adan no hubiese violado el precepto divino de no comer del arbol vedado, y Eva solamente lo hubiese comido y

(1) Levit. cap. 18. ℣. 7.=Clement. unic. de consang. et affin. Conc. Trid. ses. 24. cap. 5. de ref. matr. l. 4. tit. 6. P. 4.

sufrido la muerte en pena de su pecado, Adan no hubiera hallado hasta el dia segunda muger, por que respecto de él todos los hombres son descendientes aunque se hallen en grados remotisimos.

2.ª *Tampoco tiene limites la prohibicion en la linea transversal desigual, quando hay atingencia del primer grado de la linea recta.* V. g. en un tio con una sobrina en quinto ó sexto grado. (1) Segun esta regla si Abél viviera, no hallara en el dia muger con quien contraer matrimonio, por que todos los hombres nacieron de su hermano Seth y Cain, y asi es como padre de todo el linage humano.

3.ª *En la linea transversal se*

---

(1) L. 4. del mismo tit. al fin.

extiende la prohibicion hasta el quarto grado inclusive de la computacion canonica, (*) *que es la que se observa en materia de matrimonios.* (1)

4.ª *La afinidad que nace del matrimonio consumado, produce un impedimento que se extiende à los mismos grados, y se computa del mismo modo que el de consanguinidad.* Por exemplo: en la linea recta está prohibido el matrimonio sin limites entre los ascendientes y descendientes, luego tambien lo estará con la que fué muger de un ascendiente ó

(*) De esta regla se exceptùan los indios á quienes el Señor Paulo III. concedió privilegio para que puedan contraer matrimonio dentro del tercero y quarto grado de consanguinidad: y asi en ellos este impedimento solo se extiende hasta el segundo grado. Conc. Lim. 2. ses. 3. cap. 69.

(1) Ll. 3. y 4. tit. 6. P. 4.

descendiente. Del mismo modo en la colateral: por que está prohibido el matrimonio entre los hermanos y hermanas, lo estará tambien entre los hermanos y hermanas de la muger y del marido; y así de los demás grados.(1)

5.ª *La afinidad que nace de copula fornicaria ó de qualquier modo ilicita, no pasa del segundo grado.*(2)

6.ª *El matrimonio rato y no consumado y los esponsales validos, producen un impedimento que se llama de pùblica honestidad, que en aquel se extiende hasta el quarto grado, y en estos no pasa del primero.* (3)

Hay tambien otras dos especies de parentesco que son el espiritual y el civil. El primero trae su origen

(1) L. 5. del mismo tit. (2) Concil. trid. sess. 24. cap. 4. de Reform. (3) cap. 8. de cons. affin. Conc. trid. sess. 24. cap. 3. de Ref.

del derecho canonico, y el segundo del civil. El parentesco espiritual es el que se contrae en los sacramentos del bautismo y de la confirmacion. Es impedimento para el matrimonio entre el bautizante y bautizado y el padre y madre del bautizado, y tambien entre el padrino y el bautizado y su padre y madre. El mismo impedimento, y en los terminos referidos, se contrae en el Sacramento de la confirmacion. (1) El parentesco civil es el que nace de la adopcion: por que como esta imita á la naturaleza, son reputados los hijos adoptivos del mismo modo que los naturales. De esta suerte así como un padre natural no puede casarse con su hija natural, así tampoco un

(1) L. 2. y 5. tit. 7. P. 4.

padre por adopcion con su hija adoptiva. (1) Este impedimento es perpetuo entre los que están en lugar de padre, por lo que dura aun despues de disuelta la adopcion. No sucede lo mismo entre los hermanos; y asi una hija del padre adoptivo, puede contraer matrimonio con el hijo adoptivo emancipado. (2)

Hasta aqui hemos tratado de los matrimonios prohibidos como incestuosos. Como irreligiosos ò contrarios à la santidad de la religion, lo son tambien los que se celebran entre personas de otra religion que la cristiana: (3) con los clerigos que han recibido orden sagrado, religiosos ó religiosas profesas: (4)

---

(1) Ll. 7. y 8. tit. 7. P. 4. (2) Dha. l. tit. 7. P. 4. (3) L. 15. tit. 2. P. 4. (4) L. 16. del mismo tit.

con los que están ya ligados con otro matrimonio: (1) quando es contraido clandestinamente ó sin la solemnidad de la presencia del propio parroco y de dos ó tres testigos. (2) Finalmente quando intervienen los delitos de adulterio ú homicidio en quatro casos. 1.º Quando hay adulterio con pacto de futuro matrimonio. 2.º Quando aunque no haya adulterio hay muerte ó maquinacion de parte de alguno de los contrayentes con promesa de matrimonio. 3.º Quando hay adulterio y homicidio, aunque haya ignorancia de una parte. Y 4.º quando uno de los contrayen-

---

(1) 1 ad Corint. cap. 7. ℣. 39. cap. 2. de secund. nup. Conc. trid. sess. 24. de Sac. Matr. Can. 2. y l. 16. tit. 17. P. 7. (2) Conc. trid. sess. 24. de Ref. Matr. cap. 1. L. 1. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

tes celebra segundo matrimonio con mala fé. (1)

Como dañosos son prohibidos por las leyes los matrimonios en que con fundamento se sospecha que no hay la suficiente libertad para contraer, ó que verificandose peligra la recta administracion de justicia ó la de las rentas del fisco ó de los pupilos.

En estos principios se funda la prohibicion que tienen los consejeros y oidores para contraer matrimonio con personas que en los tribunales donde ellos residen tienen pleitos pendientes, (2) y los vireyes presidentes oidores y fiscales de las audiencias, oficiales reales, adminis-

(1) L. 19. tit. 2. P. 4. (2) Ll. 25. tit. 4. lib. 2. Rec. de Cast. y 15. tit. 3. lib. 2. Rec. de Ind.

tradores tesoreros protectores de indios, auditores de guerra, gobernadores de las provincias y los hijos de todos estos y sus asesores, con qualesquiera personas residentes en sus distritos. (1) Se prohibe tambien el matrimonio del tutor ó su hijo, con la pupila por temor de que con este pretesto se niegue á dar cuentas de la administracion de la tutela, ó se dificulte el que se le exîjan con la exâctitud debida. (2)

---

(1) L. 2. tit. 14. P. 4. ll. 82. y siguientes tit. 16. lib. 2. 40. tit. 3. lib. 3. Rec. de Ind. Reales cedulas de 17. de julio y 16. de agosto de 1773. y de 9. de agosto de 1779. Vease la nota que está al fin del tit. 16. lib. 2. de la Rec. de Ind. que extracta una Real cedula de 1. de junio de 1676.
(2) L. 6. tit. 17. P. 7.

Hasta aqui hemos referido los matrimonios que son prohibidos por derecho. A mas de estos hay otros que sin necesidad de prohibicion, no pueden subsistir por repugnantes á la recta razon. Esto se verifica quando hay defecto en el consentimiento ó en la naturaleza de los contrayentes. Del primer modo es nulo el matrimonio, ya quando interviene error acerca de la persona con quien se contrae ó acerca de su condicion servil, (1) ya quando la muger es robada, si no es que despues de estar en lugar seguro consienta libremente; (2) y ya en fin quando alguno es obligado á contraer por violencia ó miedo grave. (3) Por defecto de

(1) Ll. 10. y 11. tit. 2. P. 4. (2) L. 14. tit. 2. P. 7. Conc. de Trent. sess. 24. de Reformat. cap. 6. (3) L. 15. tit. 2. P. 4.

naturaleza no pueden contraer matrimonio los impúberes (1) si no es que la malicia supla la edad, y los que sean inhabiles para la cópula siendo la inhabilidad perpetua. (2)

Las penas en que incurren los que contraen matrimonio contra las prohibiciones de derecho que hemos referido, son varias. La primera es la nulidad siempre que el matrimonio es contraido con alguno de los impedimentos que se llaman dirimentes, quales son todos los que se incluyen bajo los nombres de matrimonio incestuoso irreligioso ó repugnante á la razon. De aquí se sigue que los hijos que nazcan de semejantes nupcias, no son legitimos ni están en la potestad de sus padres, sino que son

(1) L. 6. tit. 2. P. 4. (2) Dha. l. 6.

espurios. A mas de esta pena se les impone la que corresponde segun las leyes al delito que cometen como de incesto rapto violencia &c.

Los que contraen matrimonios dañosos, aunque no son castigados con la pena de nulidad, tienen la de quedar privados por el mismo hecho de los oficios y empleos que obtenían, y el tutor que casase con su pupila, tiene la pena de adulterio. (1)

(1) Ll. 82. y 84. tit. 16. lib. 2. Rec. de Ind. l. 6. tit. 17. P. 7.



APENDICE

DE LA LEGITIMACION.

El segundo modo de adquirir la patria potestad, es la legitimacion. Esta es un acto por el qual los hijos ilegitimos, se fingen nacidos de un justo matrimonio (1) y se reducen à la potestad de sus padres à manera de los legitimos. De la definicion dada se infiere, que el fundamento de la legitimacion rigorosa, es una ficcion por la qual la ley tiene por nacidos en un justo matrimonio á los que han nacido fuera de èl. Se dice en ella que à manera de los legitimos son reducidos á la patria potestad, para denotar el efecto de la legitimacion. Los hijos nacidos

---

(1) Arg. de la l. 1. tit. 13. P. 4. y 1. y siguientes tit. 15. P. 4.

fuera de matrimonio, no están en la potestad de su padre, y se reputan como si en realidad no lo tuvieran: por que en derecho solo se tiene por padre aquel que demuestra el matrimonio legitimo. De aqui proviene que los hijos ilegitimos se llaman naturales, por que segun la naturaleza tienen padre, pero no segun derecho.

Los modos de hacerse la legitimacion que están en practica, son dos. El primero por subsiguiente matrimonio, y el segundo por rescripto del Principe. Por subsiguiente matrimonio se legitiman solamente los hijos naturales, quando el padre que los ha tenido en alguna concubina contrae matrimonio con ella. Se requiere pues lo 1.° que la madre sea una muger honesta, no una ramera: 2.° que tanto

el padre como la madre sean habiles para contraer matrimonio sin dispensa; y 3.° que lo verifiquen conforme á derecho. Puestas estas tres condiciones, resulta una legitimacion tan completa que se equipara à la legitimidad. (1)

De lo dicho se infiere, que son incapaces de esta especie de legitimacion: 1.° los hijos espurios, esto es, los que han nacido de ramera ó de una muger publica que hace ganancia con su cuerpo: 2.° que lo son así mismo los adulteros ó nacidos de adulterio: 3.° los incestuosos habidos entre personas que por el parentesco de consanguinidad, ó afinidad que tienen entre sí

(1) Ll. 9 y 10. tit. 8. lib. 6. Rec. de Cast. Cap. 6. Qui filii sint legit.

nò pueden contraer matrimonio: y finalmente los sacrilegos habidos, por clerigos ordenados de orden sagrado ò por religiosos profesos. La razon es por que la legitimacion se hace fingiendo el derecho que los hijos que se legitiman, fueron nacidos de matrimonio, retrotrayendo el que contraen los padres, al momento en que tuvieron los hijos; y como toda ficcion supone terminos habiles de ahi es, que no pudiendo fingirse matrimonio con una ramera al tiempo mismo que se entrega á todos, ni entre el adúltero y adúltera, ni entre los demas que hemos exceptuado tampoco puede retrotraherse el que contraigan actualmente al tiempo del comercio ilicito; y por consiguiente que semejantes hijos no pueden ser legitimados por

subsiguiente matrimonio aun quando sus padres lo llegasen á verificar.

El otro modo de legitimar, es por rescripto del Principe. Este se consigue presentando el padre un memorial de suplica ante la suprema potestad, pidiendo que su hijo ó hija habidos fuera de matrimonio, se legitimen. (1) Concediendo el principe la gracia, se tiene el hijo por legitimado. (*) Esta especie de legitimacion, se suele conceder

(1) L. 4. tit. 15. P. 4.

(*) Estas legitimaciones regularmente no se conceden gratis, sino que segun el motivo por que se solicita la gracia, está señalada la cantidad con que deben servir los pretendientes. Así está dispuesto en la Real cedula de 21. de diciembre de 1800 en que se apruevan diversos arbitrios propuestos por el consejo para la extincion de vales reales. y pago de intereses. En ella

no solo à los naturales, sino tambien á los espurios, adulterinos, incestuosos, y demas ya verifiquen sus padres el matrimonio con dispensa, ya sean del todo incapaces de contraerlo; pero por lo regular

---

pues, al articulo 17. se dice asi: „ La legitimacion à hijo é hija que „ le hubieren sus padres siendo sol- „ teros para heredar y gozar, sirva „ con doscientos ducados de vellon „ cada hijo ó hija; pero si la legiti- „ macion es solo para exercer oficios „ de republica indistintamente, sirvan con „ ciento y cincuenta ducados. Y si „ es para oficio determinado como „ abogado, escribano, procurador, ú „ otro de esta clase, queda la regu- „ lacion del servicio al juicio del re- „ ferido superintendente segun las cir- „ cunstancias del pretendiente y oficio „ que solicite, no bajando el servicio „ en todo caso de quarenta ducados." Y el articulo 25. hablando de otras legitimaciones en que hay alguna mas dificultad dice asi." Las legitimacio- „ nes extraordinarias para heredar y

no tiene otro objeto que limpiar de alguna manera la mancha del origen criminoso y habilitar à los hijos, ó para heredar á sus padres,

---

„ gozar de la nobleza de sus padres
„ à hijos de caballeros profesos de las
„ ordenes, de clerigos y de casados,
„ sirvan con mil ducados de vellon,
„ siendo la legitimacion para solo he-
„ redar y obtener oficios; pero com-
„ prendiendo la circunstancia de go-
„ zar de la nobleza de sus padres,
„ con treinta mil reales: entendiendose
„ en uno y otro caso por cada hijo
„ ó hija que lo solicite." De estos dos articulos inferimos tres cosas. La 1.ª que el servicio pecuniario, que siempre debe intervenir, está regulado con consideracion al impedimento que se dispensa y al fin para que se solicita. La 2.ª que estas gracias siempre se contraen al oficio para que se solicita, y que no se extienden à mas de lo que se expresa; y la 3.ª que cada hijo ó hija necesita de ser habilitado separadamente, por que una sola legitimacion no vale para todos los hijos de un mismo padre.

que no los tienen legitimos ó para gozar de su nobleza ó para obtener empleos y cargos de que estan excluidos los ilegitimos. (1) Asi mismo solo produce habilitacion para el objeto á que se dirige la suplica, y no se extiende á mas de lo que expresa el rescripto.

Fuera de los modos referidos, se encuentran otros en la leyes de Partida, que aunque no se practican, es conveniente referir. El 1.º es el que las leyes romanas llamaban por ofrecimiento á la Curia. Este no es otra cosa segun dice la ley de Partida, que llevar el padre á su hijo natural á la Corte del Rey ó al concejo de la ciudad; y entregandolo de su propia volun-

(1) Real cedula de 21. de diciembre de 1800.

tad para su servicio, decir publicamente que es su hijo habido de tal muger soltera nombrandola, por cuyo acto dice quedar legitimado, si el hijo se conviene y acepta la entrega de su padre. (1) Asi mismo se tienen por legitimados los hijos que se ofrecen espontaneamente á servir al Emperador, Rey, ciudad, ó villa diciendo de quien son hijos, en cuyo caso les concede la ley que hereden á sus padres abintestato, sino tienen estos otros hijos: pues si los tienen legitimos, no se legitiman por este acto. (2)

Otro modo de legitimar los hijos naturales segun la ley de Partida, es por testamento en que el

(1) L. 5. tit. 15. P. 4. (2) L. 8. tit. 15. P. 4.

padre que no los tiene legítimos, diga que quiere que Ticio y Cayo sus hijos naturales procreados en tal muger de estado soltera, sean sus herederos legitímos. En cuyo caso, si despues de la muerte del padre tomaren los hijos este testamento y lo presentaren al Rey pidiendole se digne confirmar la legitimacion, lo debe hacer asi, y serán habidos por legitimos no solo para heredar los bienes de su padre, sino tambien para todo lo demas. (1)

Igualmente se concede legitimar á los hijos por instrumento público firmado por tres testigos, en que el padre diga que alguno ó algunos son hijos suyos y que los reconoce por tales; mas para que

---

(1) L. 6. tit. 15. P. 4.

valga esta legitimacion, no ha de expresar que son hijos naturales, de donde se infiere que està fundada en presuncion de matrimonio, y que mas es prueba de ser legitimo el hijo, que verdadera legitimacion. (1)

Los efectos que produce la legitimacion quando es completa, son 1.° reducir los hijos naturales à la potestad de sus padres con todas las facultades que el derecho concede sobre los legitimos. 2.° Dar derecho á los hijos para suceder en los bienes de sus padres. Pero en este punto se debe hacer distincion entre la legitimacion que se hace por subsiguiente matrimonio, y la que se concede por rescripto del prin-

(1) L. 7. del mismo tit.

cipe. En el primer caso suceden indistintamente á sus padres de la misma manera que los legitimos. (1) En el segundo caso aunque el hijo sea legitimado para heredar los bienes de sus padres, si despues estos tuvieron algun hijo ú otro descendiente legitimo ó legitimado por subsiguiente matrimonio, entonces el legitimado por rescripto no puede suceder con ellos abintestato, ni ex testamento y solo habrá lo que sus padres le quisieren mandar del quinto de sus bienes en que tienen libre disposicion. Pero sí heredarán à los otros parientes y tendrán las honras y preeminencias que corresponden à los hijos legitimos, y todo lo demas que en el rescripto se les con-

(1) L. 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

cede expresamente. (1)

Por conclusion de este apendice, es digno de advertirse que por una Real cedula mandada insertar en los cuerpos de las leyes de España è Indias, está declarado que todos los expositos de ambos sexôs, asi los que hayan sido expuestos en las casas de caridad, como los que lo fueren en otro parage y no tengan padres conocidos, son legitimados por el Rey, y deben ser tenidos por legitimos para todos los efectos civiles generalmente y sin excepcion. (2)

---

(1) Dha. l. 10. del mismo tit. (2) R. ced. de 20. de enero de 1794.

TITULO XI.

De la adopcion.

El tercer modo de adquirir la patria potestad, es la adopcion. Esta aunque entre los romanos era muy frecuente, entre nosotros es del todo desacostumbrada. No obstante: estando vigentes las leyes en que se funda, es necesario dar una idéa de su esencia y de la forma en que se practicaba.

La adopcion se puede tomar ó lata ó estrictamente. Quando se toma del primer modo, abraza en sí dos especies, que son la *adrogacion* y la *adopcion* en especie, y quando del segundo, se opone à la adrogacion. Tomada latamente y en general, se define la adopcion: *un acto solemne por el qual se recibe en lugar de hijo,*

al que no lo es por naturaleza. (1) Se llama acto solemne, por que debe hacerse ó en presencia del Rey, ó ante el juez de qualquier lugar: se dice que por él se recibe en lugar de hijo al que por naturaleza no es, para denotar el fin de la adopcion, que es dar hijos al que no los tiene y asi por exemplo Moises por la naturaleza no era hijo de la hija de Faraon; pero verificada la adopcion comenzó á serlo.

De esta definicion se deduce un axîoma que tiene lugar en todo el titulo. *La adopcion imita à la naturaleza.* El sentido es: que todo aquel que por la naturaleza no puede ser padre ó hijo, tampoco lo puede ser por la adopcion. El hijo

(1) L. 7. tit. 7. y l. 1. tit. 16. P. 4.

por la naturaleza no puede ser de mayor edad que su padre: luego ni por la adopcion puede uno que es de mas edad que otro, hacerse su hijo.

De lo dicho se infiere claramente que no pueden adoptar. 1.º Los castrados ó eunucos, si no es que su inhabilidad provenga no de la naturaleza, sino de la malicia de los hombres, ó de enfermedad ó de caso fortuito. (1) 2.º Los impúberes ó que no han llegado á la edad de 14. años. (2) 3.º Las mugeres por que no son capaces de la patria potestad que se consigue por la adopcion. Pero por privilegio se suele conceder el que adopten, habiendo perdido algun hijo en servicio del

---

(1) L. 3. tit. 16. P. 4. (2) L. 2. del mismo tit.

Rey. (1) Ultimamente el que no exceda 18. años al que quiera adoptar. (2)

Hasta aqui hemos tratado de la adopcion en general. En este sentido se divide en adrogacion, y en adopcion estrictamente tomada. Estas dos especies se diferencian en dos maneras. En el sugeto, por que el de la adrogacion es el hombre libre de toda potestad, y el de la adopcion es el hijo de familias sugeto á la potestad de su padre. En la forma ó modo: por que la adrogacion se hace por rescripto del príncipe, y la adopcion con autoridad del juez, el qual estando presente si el padre natural declara que dá à su hijo en adopcion à otro, y el adoptante dice que lo

(1) Dha. l. 2. (2) La misma l. 2.

recibe por hijo, está concluido el negocio. (1)

Segun estos principios la adrogacion se define: *un acto por el qual un, hombre que, goza de la libre disposicion de su persona se reduce á la patria potestad de otro por autoridad del sumo imperante.* (2) De la naturaleza de la adrogacion que hemos explicado, venimos en conocimiento que por ella se padece la minima diminucion de cabeza: haciendose el adrogado hijo de familia, y perdiendo los derechos de hombre libre de toda potestad; y como à ninguno se puede privar de sus derechos contra su voluntad, se infiere lo 1.º, que es necesario el consentimiento del adrogado: 2.º que prestado

(1) L. 7. tit. 7. P. 4. (2) Dha. l. 7. tit. 7. P. 4.

este, pasa con todos sus bienes á la potestad y dominio del adrogante; y 3.º que el infante no puede ser adrogado por que no es capaz de consentir. (1) Y aunque casi lo mismo se verifica en todos los que no han llegado à la pubertad, no obstante se permite el que puedan ser adrogados con las siguientes condiciones. 1.ª Conocimiento de causa, y que de esta resulte ser útil al pupilo la adrogacion: es decir que debe preceder investigacion de las qualidades y circunstancias del adrogante, y del provecho que se seguirá al adrogado: 2.ª que se obligue el adrogante à restituir los bienes del mozo à sus legitimos herederos si muere antes de llegar á los 14. años; y 3.ª que

(1) L. 4. tit. 16. P. 4.

se haga la adrogacion con otorgamiento del Rey. (1)

El efecto que produce la adrogacion, es reducir al adrogado á la patria potestad del adrogante, y no teniendo este hijos legitimos, darle derecho á la herencia en los mismos terminos que lo tienen aquellos. Y si el adrogante emancipase sin justa causa ó exheredase al hijo adrogado, está obligado á devolverle todos los bienes con que entró en su poder y todo lo que haya adquirido de nuevo, menos el usufructo que percibió por la administracion de dichos bienes; y además debe darle la quarta parte de quanto hubiere de suyo. (1)

Pasemos ya à la adopcion propiamente dicha: esta se define: *un*

---

(1) L. 6. tit. 16. P. 4.

acto por el qual se reciben por hijos con autoridad judicial aquellos que están en la potestad de sus padres naturales. (1) Segun esta definicion pueden ser adoptados qualesquiera hijos que estén en poder de sus padres, consintiendolo estos. Para que sea valida, es suficiente que tanto el padre natural como el adoptivo se presenten à qualesquier juez y digan que el uno quiere dar, y el otro recibir en adopcion à aquel niño; y que se les dé el documento que corresponde para constancia de aquel acto. (2)

Para conocer quando esta especie de adopcion produce el efecto de reducir al adoptado á la potestad del

(1) Ll. 7. tit. 7. y 9. y 10. tit. 16. P. 4.
(2) L. 91. tit. 18. P. 3.

adoptante, es menester distinguir dos casos que se hallan expresos en derecho. El primero es quando la adopcion es hecha por alguno de los ascendientes del mozo: v. g. por el abuelo paterno ó materno; y el segundo quando es hecha por algun extraño. En el primer caso, esto es quando alguno de los ascendientes adopta, adquiere patria potestad en el adoptado, por lo que semejante adopcion se llama comunmente plena y perfecta. En el segundo quando un extraño, ó aunque sea pariente no siendo de los ascendientes, recibe à otro en adopcion, no se transfiere á él la patria potestad, sino que permanece en su padre natural, y el adoptado en este caso mas es alumno que hijo; por lo que esta adopcion

se llama imperfecta y menos plena. (1) Se podría juzgar que esta adopcion imperfecta no produce efecto, supuesto que por ella no se adquiere patria potestad. Pero en realidad no dexa de producir alguno. El adoptivo aunque no entre á la potestad del adoptante, tiene derecho á sucederle ab intestato no teniendo hijos legitimos. (2) Pero si hiciere testamento no hay inconveniente en que instituya por heredero á quien quisiere por no ser el adoptado de que hablamos heredero forzoso en testamento.

Esto es lo principal que hay que decir sobre la adopcion que se usaba antiguamente, y que á fuerza

---

(1) Ll. 9. y 10. tit. 16. P. 4. (2) Ll. 5. tit. 6. lib. 3. 1. y 5. tit. 22. lib. 4. del Fuero Real y 1. y 10. tit. 8. lib. 5. Rec. de Cast.

de querer imitar servilmente à la naturaleza dexó de producir todas las ventajas que de otra suerte se podían esperar de ella. En su lugar se ha ido introduciendo con autoridad de las leyes, otra especie de adopcion mas útil á la humanidad y mas digna de la despreocupacion que es consiguiente à la ilustracion de nuestro siglo.

Tal es la que se verifica en los expositos que son aquellos niños ó niñas que han sido hechados por sus padres ó por otras personas à las puertas de las iglesias, de las casas y otros parages pùblicos, ó por no tener con que criarlos, ó por ocultar de quien son hijos. La situacion tan miserable en que se hallaban semejantes niños aun en las ciudades en que había casas de caridad, ó inclusas

para cuidar de ellos, y los muchachos que morían de necesidad, movió el paternal corazon de uno de nuestros monarcas para que tomase las providencias mas oportunas y eficaces à favor de los expòsitos, cuidando de sus vidas y de su decente y honesto destino para que fuesen útiles en lo sucesivo. (1)

Estos pueden ser adoptados ó prohijados por qualquiera persona con tal que sea decente y honesta y de quien se pueda esperar lo que se desea, y és que se les dé buena educacion y destino. No es pues impedimento, el que el adoptante no sea capaz de engendrar, ni se pone reparo en que sea hombre ó muger,

(1) Real ced. de 11. de Diciembre de 1796. y de 6. de Marzo de 1790.

casado ó soltero; y como en ella no se tiene mas objeto que el bien de la humanidad, no se exigen solemnidades algunas. Basta para hacerla que el vecino á cuyas puertas fuere expuesta alguna criatura, la manifieste al parroco de donde sea feligrés expresando que quiere quedarse con ella para criarla por caridad, y el mismo parroco debe darle la licencia por escrito, siendo el tal vecino persona de buenas costumbres y de familia honesta, y teniendo algunas facultades por las quales se haga juicio que el exposito será bien educado. (1) Si el exposito que se quiere adoptar fuere sacado de algunas de las casas de caridad, la licen-

(1) La misma Real ced. de 11. de Dic. de 1796. art. 12, 17. y 19.

cía deberá ser dada por el rector ó administrador de ella. (1)

Aunque en los adoptados de esta manera no tienen los que los han criado patria potestad ni derecho para exîgir de ellos cosa alguna, (2) no obstante conforme à nuestras leyes, debe el que recibió tan gran beneficio, honrar y reverenciar de todas maneras al que lo crió, lo mismo que si fuese su padre natural, y se le prohibe con pena de muerte acusarlo, ó hacer cosa por la qual le resulte daño grave en su vida ó en sus bienes, si no es que fuese por el bien del Rey ó de la republica. (3)

---

(1) Real ced. de 2. de junio de 1788. (2) Ll. 3. tit. 20. P. 4. 35. y 37. tit. 12. y 35. tit. 14. P. 5. (3) L. 3. tit. 20. P. 4.

Finalmente de esta especie de adopcion son capaces no solo los infantes ó recien nacidos, sino tambien los mayores de la infancia, siempre que estén en edad de ser educados y carezcan de los auxîlios que son necesarios para lograr la conveniente educacion. (1)

TITULO XII.

DE LOS MODOS POR QUE SE DISUELVE LA PATRIA POTESTAD.

Despues de haber tratado de los modos de adquirir la patria potestad, parece muy conveniente que se trate de los modos por que se acaba ó disuelve.

(1) Real cedula de 11. de diciembre de 1796.

El 1.º es la muerte natural, porque esta es la disolucion de todos los vìnculos que tenía el hombre en este mundo y despues de ella nada le queda propio. (1)

El 2.º es la muerte civil que en derecho está equiparada à la natural. Esta segun el derecho novisimo solo se padece quando alguno es desterrado perpetuamente del reyno y le son confiscados todos sus bienes. (2) Pero no quando es condenado à servir en los arsenales ó en otras obras publicas, por estar mandado que no puedan los tribunales, destinar á reclusion perpetua ni por mas tiempo que el de diez años en dichos arsenales á reo alguno. (3)

(1) L. 1. tit. 18. P. 4. (2) L. 2. tit. 18. P. 4. (3) L. 13. tit. 24. lib. 8. Rec. de Cast.

Por esta razon, asi estos como todos los desterrados por tiempo cierto, no pierden la patria potestad pudiendo á su vuelta recobrarla en los terminos que la tenian antes. (*)

(*) Entre los romanos y por derecho de las partidas, se distinguia servidumbre de pena, deportacion y relegacion. Por la primer pena se padecia lo que llamaban *Capitis deminutio maxima*, y por la segunda y tercera la *media*. La servidumbre de pena, se padecia quando alguno era condenado perpetuamente á trabajar en las minas ó en las galeras del REY. La deportacion, quando era expelido para siempre del reyno con confiscacion de todos sus bienes; y la relegacion, quando era desterrado por tiempo cierto. Estas dos ultimas penas, están en uso; pero no la servidumbre de pena, ni la condenacion perpetua á trabajos publicos. Vease el tit. 18. de este libro en donde se tratará esta materia de proposito.

Otra especie de muerte civil es el estado religioso por el qual los que lo profesan dexan todas las cosas del mundo y se tienen por muertos en él. (1) Segun esto, no se puede dudar que aquel que hiciere profesion en alguna religion aprobada, sale por el mismo hecho de la potestad de su padre, y queda del todo sugeto à los superiores de su orden á quienes promete obediencia.

El 3.º modo de disolverse la patria potestad es por dignidad á que sea promovido el hijo. De estas se enumeran doce en las leyes de Partida tomadas del derecho de romanos las que (á excepcion de las de obispo, tesorero y consejero) no

(2) L. 1. y 8. tit. 7. P. 1.

se conocen en el dia; pero de las que se mencionan, se infiere que saldrán de la potestad de sus padres todos aquellos á quienes el Rey promoviere à algun oficio que tenga anexâ jurisdiccion ó recaudacion de sus rentas: por que habilitandolos para estos cargos, parece les quiso librar de otra sugecion, segun la ley 7. y siguientes del tit. 18. Part. 4.

4.° Salen tambien los hijos de la potestad de sus padres por la emancipacion. Segun nuestro derecho (1) se hace esta, compareciendo el padre y el hijo ante el juez ordinario del lugar de su residencia, diciendo el padre en su presencia, que aparta al hijo de su poder y

(1) Ll. 15. y 17. tit. 18. P. 4.

que le dá facultad para que se maneje por sí contratando y compareciendo en juicio quando le sea necesario sin su autoridad paterna. El hijo debe aceptar expresamente esta dimision; pero el juez no puede declarar hecha la emancipacion sin dar primero cuenta al supremo consejo con el expediente instruido sobre justificacion de las causas, y de otra suerte no valdrá. (1)

Si el hijo fuere menor de siete años solo puede ser emancipado por rescripto del principe (2) en cuyo caso no se necesita de su consentimiento. (*)

---

(1) Auto acordado 20. tit. 1. lib. 3. Rec. de Cast. (2) L. 16. tit. 18. P. 4.

(*) Por real cedula de 27. de oct. de 1800. está prevenido para detener el abuso de emancipar á los hijos para que manejandose por sí, gozen de la

5.° Otro modo de disolverse la patria potestad, es el matrimonio contraido por el hijo con todas sus solemnidades, y con las bendiciones nupciales; por que en este caso conforme à nuestro derecho se tiene por emancipado (1) y le pertenece desde luego todo el usufructo de sus bienes adventicios que le debe entregar

---

esencion del servicio militar que les concede el art. 13. que la emancipacion para que exîma del sortéo, ha de recaer en hijo de 25. años de edad cumplidos, y que ha de ser aprobada por el consejo, donde no se dará despacho de aprobacion sin que conste de dicha circunstancia, guardandose todo lo demás que en execucion del auto acordado 20. tit. 9. lib. 3. de la Recop. se acostumbra practicar. Pero como esta real cedula no está comunicada à la America, no habrá inconveniente en que la emancipacion se haga antes de los 25. años.

(1) L. 8. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

su padre. (1) Pero esta entrega no se ha de verificar si no es que el hijo tenga la edad de 18. años cumplidos, por que hasta entonces no puede administrar sus bienes, ni los de su muger. (2)

6.º Finalmente pierden los padres la patria potestad y todos los derechos que tenían en sus hijos, por el hecho de exponerlos sin que se les conceda accion para reclamarlos, ni pedir en tiempo alguno que se les entreguen, ni se les han de entregar aunque ofrezcan pagar los gastos que se hayan hecho en su crianza; si no es que puedan probar que el motivo de la exposicion del hijo, fué una necesidad extrema. (3) La pierden tambien por el mismo

(1) L. 9. del mismo tit. y lib. (2) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast. (3) Real ced. de 11. de dic. de 1796. art. 25. y 26.

hecho contrayendo matrimonio con parienta dentro del quarto grado, ó con muger religiosa profesa. (1)

Aunque por lo comun no puede ser obligado el padre á emancipar al hijo, por que la patria potestad à manera del dominio no se pierde sino por la enagenacion ó abdicacion voluntaria: no obstante, esta regla padece algunas excepciones. 1.ª Si el padre castiga al hijo cruelmente y sin aquella piedad y amor que es natural. 2.ª Quando oblígase á sus hijas à prostituirse. 3.ª Quando admite algun legado que se le dexó con la condicion de emancipar al hijo, y 4.ª quando consume y malgasta los bienes de su entenado que hubiese adoptado con aquella especie

(1) L. 6. tit. 18. P. 4.

de adopcion que se llama adrogacion. (1)

TITULO XIII.

DE LA TUTELA EN GENERAL.

Segun la division que dexamos hecha arriba, los hombres que no están sugetos à potestad dominica ni patria, pueden estar en tutela ó curatela, ó gozar del todo de la libre disposicion de su persona y de sus bienes. Siguese pues tratar en este titulo y los siguientes, de la tutela y sus especies.

No se puede dudar que la tutela trae su origen del derecho natural y de gentes, si consideramos que es de la mayor importancia para

---

(1) L. 18. tit. 18. P. 4.

toda sociedad humana, que sean gobernados y defendidos por otro, aquellos que por sí mismos no son capaces de dirigir sus acciones ni de defenderse. Los griegos, los romanos, y todas las naciones guiadas solamente de la recta razon, cuidaron siempre de dar tutores á todos aquellos que necesitaban de direccion y defensa. Conforme à estos principios, nuestro derecho desde sus leyes mas antiguas (1) estableció que se dén tutores á los impúberes ó pupilos que no han llegado á la edad de 14. años, y curadores à los menores de 25. Por que siendo por lo comun hasta esa edad el juicio de los hombres tan escaso y sus

(1) Vease el tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo tit. 7. lib. 3. del Fuero Real y tit. 16. P. 6.

pasiones tan violentas, era muy facil que fuesen engañados, que se precipitasen en los vicios, y que malgastasen y perdiesen sus bienes.

Por tutela entendemos, la *autoridad que concede el derecho sobre los mozos libres de toda potestad, para educarlos en lugar de sus padres y administrarles sus bienes mientras que ellos son capaces de hacerlo.* (1) De la definicion dada, nace este axîoma. *La tutela es un cargo público.* No se debe entender por esto que la tutela sea un oficio pùblico ó concejil, pues el tutor ni administra alguna parte de la republica, ni goza honor ó dignidad, ni se constituye persona pùblica, sino que permanece persona privada. Pero deci-

L. 1. tit. 16. P. 6.

mos que la tutela es un cargo público, por que es una ocupacion ó carga que están obligados à desempeñar todos los ciudadanos por autoridad y mandato público. Imponiendose pues, á los tutores esta carga por las leyes y por los magistrados, y debiendo aceptarla siempre que no tengan una excusa legitima, con razon se llama cargo público.

Del axîoma establecido se deducen dos conclusiones. 1.ª Que los hijos de familia pueden ser nombrados tutores. (1) La razon es por que en los cargos públicos qual es la tutela, se tienen por padres de familia. 2.ª Que ni los siervos ni las mugeres pueden ser tutores. (2)

(1) Arg. de la l. 4. tit. 16. P. 6.
(2) Ll. 4. y 7. tit. 16. P. 6.

No los siervos por que no siendo ciudadanos, no son capáces de exercer un cargo para el qual es necesario ser persona ó tener cabeza en la republica. No las mugeres, por que así por el decoro de su sexo, como por la debilidad de su juicio les están prohibidos los cargos pùblicos. Pero esta regla admite una excepcion; por que nuestro derecho establece que no solamente sean admitidas à la tutela la madre y la abuela, sino que sean preferidas à todos los demás parientes. (1) La razon que ha motivado esta excepcion, es el singular amor que suelen tener à sus hijos y nietos la madre y la abuela, el que las pone à cubierto de toda sospecha de mala

---

(1) L. 4. tit. 16. P. 6.

administracion por lo menos con dolo.
Pero aun estas mugeres no deben ser tutoras, si no es que renuncien las segundas nupcias y el privilegio concedido á todas las de su sexô, de no quedar obligadas á otro por fianzas. (1)

Hemos visto ya quienes pueden ser tutores: siguese ahora investigar en que casos se les impide, ó se les suspende la administracion. Esto lo debemos juzgar por el fin de la tutela que es el de que el tutor eduque al pupilo y administre sus bienes mientras que se hace capáz de verificarlo por sí. De aqui se infiere que todos aquellos que no son capaces de desempeñar estos cargos, no pueden ser tutores. Tales son 1.º

(1) L. 5. del mismo tit.

Los menores de 25. años por que estando ellos bajo de curatela, no se juzgan habiles para cuidar de otros. (1) 2.° Los furiosos y mentecatos que por carecer de juicio son incapaces de toda administracion. (2) 3.° Los sordos y mudos, por que estos dos impedimentos quando se juntan en un mismo sugeto producen el mismo efecto que la insensatéz.(3) Pero aunque todo esto es verdad, no obstante se debe hacer distincion entre tutela testamentaria legitima y dativa. Si los tutores dados en testamento son menores de edad ó furiosos ó sordos ó mudos, por ninguno de estos impedimentos se anula el nombramiento, sino que se les suspende el

(1) L. 4. tit. 16. P. 4. (2) Dha. l. 4. (3) La misma l. 4.

exercicio: esto es permanecen tutores, pero no se les concede la administracion de la tutela. En este caso pues, se les nombra curador, el qual exerce el cargo mientras que los nombrados llegan à la mayor edad, ó recobran el juicio ó la facultad de oir ò de hablar. (1) Pero si el tutor legitimo ó dativo es menor, ó furioso ó sordo y mudo, no vale su nombramiento; y si despues de haber comenzado á exercer el cargo contrae alguno de los mencionados impedimentos, al instante se acaba la tutela y se nombra otro tutor al pupilo.

Segun la definicion de la tutela, se deben dar tutores á los mozos libres que necesitan de educacion,

(1) Arg. de las ll. 7. y 8. tit. 16. P. 6.

y que son incapaces de administrar sus bienes. De aqui pues nacen tres conclusiones. 1.ª El tutor se dá primariamente para la persona, no para las cosas, (1) y en esto se diferencia del curador que principalmente se dá para los bienes y no para la persona. No obstante secundariamente pertenece al tutor la administracion de los bienes del pupilo. 2.ª Al que tiene padre no se le dá tutor. (2) La razon es por que mientras vive el padre, el hijo tiene quien lo eduque y guarde; tambien por que en todo ese tiempo el hijo está en su potestad, y asi no es del todo libre. 3.º Al siervo no se dá tutor. (3) Esta conclusion tiene una razon semejante.

(1) L. 1. tit. 16. P. 6. (2) Dha. l. 1. al princip. (3) La misma ley.

El siervo está en la potestad dominica y asi no es pupilo libre: luego no puede tener tutor.

La tutela segun hemos insinuado ya, es de tres maneras: testamentaria quando el padre dá tutor à sus hijos en su testamento: legitima quando reciben la tutela aquellas personas que son llamadas por la ley quales son los consanguineos mas cercanos del pupilo; y dativa quando el juez nombra el tutor por falta de unos y otros. (1) De aqui se infiere: que los testamentarios son llamados à la tutela por el testador, los legitimos por la ley, y los dativos por el magistrado. Entre estas especies de tutela se guarda este orden. En primer lugar entran los

(1) L. 2. tit. 16. P. 6.

tutores testamentarios, de suerte que habiendolos, no se admiten los legitimos; y por falta de una y otra tutela, el juez nombra tutor.

El fundamento de esta division está tomado de la semejanza que hay en derecho entre la tutela y la herencia. Por que asi como el heredero instituido en testamento excluye à todos los demás, asi el tutor testamentario. Asi como quando no hay heredero suceden los herederos legitimos, de la misma manera faltando el tutor testamentario son llamados los legitimos. Finalmente asi como quando no hay heredero alguno ni testamentario ni legitimo sucede el fisco, asi en falta de las otras dos especies de tutores nombra el juez. Este es el fundamento en que estriba esta division, y de

cada una de estas especies de tutela se tratará en titulo separado.

TITULO XIV.

DE LA TUTELA TESTAMENTARIA.

La primera especie de tutela es la testamentaria que es la que dá el padre en su testamento à los hijos que están en su potestad. (1) El fundamento pues de esta tutela no es otro que la patria potestad. De aquí se infiere que solo aquel que tiene á sus hijos en su potestad puede darles tutor. De este principio se deduce facilmente la razon 1.ª por que la madre la abuela y otras personas extrañas no pueden dar tutor en su testamento: y es por que solo

---

(1) Ll. 2. y 3. tit. 16. P. 6.

el padre tiene á los hijos en su potestad, y no la madre ni la abuela y mucho menos otras personas extrañas. Asi mismo 2.ª por que aun el padre carece de esta facultad para con los hijos emancipados; por que los emancipados están ya fuera de la patria potestad. 3.º Por que puede darse tutor en testamento aun á los hijos desheredados; porque la desheredacion priva de la herencia, pero no es modo de disolverse la patria potestad. Se podría objetar á esto, que el desheredado no necesita de tutor estando privado de la herencia que habia de administrar el tutor. Pero la respuesta es clara. Segun hemos dicho antes, el tutor se dá primeramente para la persona, y asi aunque nada tuviese el pupilo, puede darsele tutor. Fuera

de que el desheredado puede tener otros bienes heredados de la madre ó de sus parientes. 4.ª Por que se puede dar tutor en testamento aun á los posthumos que por no haber todavía nacido, no están realmente en la patria potestad: (1) por que siempre que se trata de la comodidad de los posthumos, se tienen por ya nacidos; (2) luego tambien deben reputarse por hijos que están en la potestad de sus padres, y por consiguiente puede darles tutor.

Pueden ser dados tutores en testamento todos aquellos que son capaces de exercer los cargos públicos v. g. los siervos dandoles libertad y los hijos de familia; pero no los obispos ni religiosos. Los cle-

(1) L. 3. tit. 16. P. 6. (2) L. 3. tit. 23. P. 4.

rigos de orden sacro, pueden serlo legitimos; pero nó testamentarios, como tampoco las mugeres. Sobre esto es digno de notarse que mas facultades conceden las leyes al padre que nombra tutor en su testamento, que al juez que lo dá de oficio. El juez no puede dar por tutor à un loco, à un menor, á un sordo y mudo, por que semejante nombramiento sería nulo; pero vale el que un testador haga en qualesquiera de estas personas que tienen actual impedimento para exercer la tutela. Por que aunque inmediatamente que son nombrados no administren, sino que se dé curador al pupilo por el juez, no obstante es valido su nombramiento y se les debe conceder la administracion luego que llegan à la mayor edad, ó recobran el juicio ó

el oido y habla.

Puede tambien el testador nombrar tutor á sus hijos puramente, bajo de condicion, desde cierto dia, y para tiempo cierto, (1) lo que tampoco puede hacer el juez què siempre lo debe dar puramente conforme á la practica de España. La razon es, por que el defecto que resulte del nombramiento del padre, puede ser suplido por el juez; pero el de este, nadie lo puede suplir; y asi quedaría tal vez desamparado el pupilo por mucho tiempo. (2) Pero no puede el padre dar por tutor à una persona incierta, por que no se puede suponer confianza en una persona desconocida del tes-

---

(1) L. 8. tit. 16. P. 6. (2) Febr. cinco juic. lib. 1. cap. 1. §. 2. n.° 62.

tador; y así, si se nombrase tutor á uno cuyo nombre es comun á dos, no habiendo pruebas ciertas de qual de ellos es de quien habló el testador, ninguno de los dos será tutor. (1)

Resta tratar de la confirmacion de los tutores, que se acostumbra hacer por el magistrado. Pero hay bastante diferencia entre la confirmacion de que hablan las leyes, y la que se usa al presente. El dia de hoy todos los tutores se confirman por el juez, sino es que el testador les confiera facultad de administrar sin dicha confirmacion. (2) Segun la ley de Partida, solo los testamentarios, y estos no todos,

(1) L. 7. al fin. tit. 16 P 6. (2) Feb. lib. 1 cap. 1 §. 2. num. 56.

sino algunos. (1) Conforme á la practica del dia se confirman, ó se les discierne el cargo aun â los que estàn legitimamente nombrados tutores: por derecho solamente aquellos que han sido dados viciosamente en testamento. De aqui se deduce que hablando en rigor de derecho, la confirmacion es, *un acto por el qual el juez confirma y aprueba el tutor testamentario dado viciosamente.* Es necesaria pues, la confirmacion judicial, á la que nuestros practicos llaman *discernimiento del cargo*, siempre que hay vicio en el nombramiento del tutor testamentario. Este vicio ó defecto, ó está en el testador mismo, ó en el modo de dar el tutor. Estará en el testador

---

(1) L. 8. tit. 16 P. 6.

siempre que lo dé el que no tenga patria potestad en los hijos v. g. la madre, ó el abuelo, supuesto que el fundamento de esta tutela es la patria potestad: luego el que da tutor à unos pupilos que no están en su potestad, lo dà viciosamente. En el modo de dar el tutor hay vicio sino lo nombra en testamento, ó codicilo. En ambos casos el nombramiento de tutor debía ser nulo, mas en atencion à la insigne confianza que se infiere tener el testador de la persona nombrada, ha parecido conveniente que semejantes tutores sean confirmados por el juez y que de este modo se subsane el defecto de su nombramiento. (1)

Se puede hacer la confirma-

---

(1) L. 8. tit. 16. P. 6.

cion de dos maneras, ó sin inquisicion ó con ella. Sin inquisicion se hace, si el padre dá tutor en su testamento pero viciosamente, lo que puede acontecer de tres maneras. 1.ª Si dió tutor al hijo emancipado. 2.ª Si lo dió à su hijo natural; pues en uno y otro caso carece de patria potestad. 3.ª Si lo dió en testamento imperfecto ó en otra disposicion ilegitima. En estos casos debe ser confirmado el tutor por el juez sin inquisicion; porque siempre se presume que el padre ha procurado el mayor bien de sus hijos, sino es que hubiere causas que impidan la confirmacion. Por el contrario: con inquisicion son confirmados los tutores en estos casos. 1. Si la madre dá tutor á sus hijos á quienes instituye por herederos.

2. Si el padre lo dá à sus hijos naturales no instituidos por herederos. 3. Si un extraño dá tutor á un pupilo à quien dexa su herencia. (1) En todos estos casos no hay facultad en el testador para el nombramiento de tutor por falta de patria potestad: no obstante el juez lo confirma, pero con inquisicion. Esta se reduce á investigar. 1. Si serà util al pupilo esta tutela. 2. Si el tutor es hombre bueno ó malo. 3. Si es amigo ó enemigo del pupilo &c.

TITULO XV.

De la tutela legitima.

La segunda especie de tutela es la *legitima*. Se llama así, porque

(1) L. 6. y 8. tit. 16. P. 6.

estos tutores no son nombrados por el testador ni por el juez, sino que la misma ley los llama à la tutela. Esta es de quatro maneras. 1.ª La de los parientes inmediatos, de que se trata en este titulo. 2.ª La de los patronos para con sus libertos, en el 17. 3.ª La del padre para con su hijo emancipado antes de la pubertad, en el 18. 4.ª La del hermano para con su hermano emancipado y menor de 14 años. Estas tres ultimas especies, el dia de hoy casi estàn sin uso. La primera es bastante usada, por lo que se debe tratar con mas extension.

Tiene lugar esta tutela legítima, quando el padre muere intestado: porque es regla general que *habiendo tutor testamentario, no se admiten los legìtimos*. Solo pues, son

admitidos, quando el padre del pupilo muere intestado. (1) Se dice morir el padre intestado, no solo quando del todo no hizo testamento sino tambien quando aunque lo haya hecho nada dispuso acerca de la tutela. En los dos casos referidos tiene lugar la tutela legítima. La razon porque habiendo tutor testamentario es excluido el legítimo, se deduce del principio que hemos explicado arriba. La tutela es semejante en derecho à la herencia: luego asi como faltando heredero instituido en el testamento sucede el legítimo, asi no habiendo tutor testamentario, el pariente mas cercano à que llamamos legítimo recibe la tutela.

---

(1) Dna. l. 9.

El fundamento de esta tutela, se deduce bien claramente de lo dicho. Equiparandose en derecho la tutela á la herencia, formaron los jurisconsultos este axîoma: *á donde corresponde el provecho de la herencia, allí mismo debe ir la carga de la tutela.* Esta regla casi con las mismas palabras, se halla en la ley 10. tit. 16. P. 6. Ahora pues: llamando la ley á los parientes mas cercanos al provecho ó utilidad de la herencia, es muy justo que los mismos sean llamados al cargo de la tutela.

De este axîoma inferimos: que deben ser tutores legitimos del pupilo que no lo tiene testamentario, sus parientes consanguineos mas cercanos por ambas lineas; (1) y ha-

(1) L. 9. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 7. Lib. 3. del Fuero Real.

biendo muchos en igual grado, lo serán todos. (1) Pero en este caso para evitar los disturbios que pueden nacer entre ellos, deben elegir entre sí quien ha de exercer la tutela; y no concordando, puede el juez nombrar al que estime mas idoneo y dé mayor seguridad, y solo este será tutor en efecto; y los demas se tendrán por honorarios. (2) Si el pupilo tiene madre, la pertenece ante todos esta tutela; y si no la quiere, à la abuela (3) y en defecto de ambas, deben entrar los parientes como se ha dicho.

(1) Dha. l. 9. (2) L. 11. tit. 16. P. 6. (3) L. 9. del mismo tit.



TITULO XVI.

QUANDO PIERDEN LOS PARIENTES EL DERECHO A LA TUTELA POR LA PERDIDA DEL ESTADO DE CABEZA.

Entre los romanos se llamaba *cabeza* todo aquel cuyo nombre se escribía en las tablas del censo, ó padron general de la republica. Mas como en ellas no se escribían sino los hombres libres los ciudadanos y los padres de familia, de aqui dimanó que lo mismo fuera tener cabeza, que gozar de alguno de los estados de libertad de ciudad ó de familia. Qualquiera pues, que no tiene alguno de estos, se dice en derecho que no tiene cabeza v. g. el siervo. Aquel que tuvo los tres y los perdió todos ó alguno de ellos,

se dice que *perdió la cabeza: capite minui.* (1)

Con lo dicho se entiende facilmente esta definicion: perdida de cabeza, no es otra cosa que *la mutacion del estado que se tenia en la republica.* (2) Luego quando alguno de hombre libre pasa à ser siervo: de ciudadano à peregrino: ó de padre de familias à hijo, hay perdida de cabeza, y no al contrario si de siervo pasa á libre, de peregrino â ciudadano, y de hijo á padre de familias. Siendo pues de tres maneras la cabeza ó el estado: de libertad de ciudad y de familia, tambien es de tres maneras la perdida de cabeza, *maxîma media y minima.* La maxîma es por la que se pierde la

(1) L. 18. tit. 2. P. 6 (2) Dha. l. 18.

libertad, y por consiguiente los derechos de ciudad y de familia. Por que quando alguno es hecho siervo, necesariamente deja de ser ciudadano y padre de familias. Media es por la que se pierde el derecho de ciudad. El que padece esta mutacion queda en realidad hombre libre; pero se hace extrangero y deja de ser padre de familias. Minima es por la que se pierden los derechos de padre de familias, no obstante que se conservan los de la libertad y de ciudad. (1) En una palabra: la maxîma se opone al estado de libertad, la media al estado de ciudad, y la minima al estado de familia. La maxîma y media se llaman en derecho muerte civil. (2)

---

(1) L. 18. tit. 1. P. 6. (2) L. 2. tit. 18. P. 4.

Hemos visto ya, qué sea la triple perdida de cabeza: veamos ahora quienes la padecen. La maxíma la padecian 1. Los que eran tomados por los enemigos. Entre nosotros permanecen libres; pero entre los romanos eran hechos siervos; y asi perdían el estado de libertad y no lo recobraban, sino es que volviesen á su casa, que entonces por el derecho de *postliminio* eran restablecidos en todos sus derechos (1) 2. Los mayores de 20 años que dolosamente se vendían por medio de otro para gozar del precio. (2) Estos quedando siervos en pena de su fraude, perdían el estado de libertad, y padecían

(1) L. 1. tit. 29. P. 2. (2) L. 1. tit. 21. P. 4.

la maxîma perdida de cabeza. 3. Los siervos de la pena. Estos tuvieron su origen en Roma, porque por la ley Porcia estaba mandado que los ciudadanos romanos no pudiesen ser castigados con azotes ni condenados al ultimo suplicio. En fuerza de esta ley, siempre que algun magistrado se atrevía à imponer semejantes penas à algun ciudadano romano, levantaba este la voz y decia: *soy ciudadano romano*, è inmediatamente se le debía dejar en libertad. Tenemos un exemplo de esto en el libro de los Hechos Apostolicos en donde se cuenta, que el Apostol S. Pablo se libró de este modo de la crueldad del tribuno de los soldados. (1) Gozando pues,

(1) Act. Ap. cap. 22. ℣. 24. 25. et 26.

de un privilegio tan exôrbitante los ciudadanos romanos, y no siendo posible que una republica se conserve sin facultad de castigar á los facinerosos con las penas correspondientes, fue necesario que fingiesen que aquellos que eran condenados al ultimo suplicio, por la sentencia capital se habian hecho siervos y por consiguiente, que ya no eran ciudadanos. Mas como no puede haber siervo sin señor, y el condenado à muerte no pasaba al dominio de otro, fingieron tambien que la pena era como su señor, y por tanto se llamaban siervos de la pena.

Este fue el origen de la servidumbre de pena entre los romanos. Nuestras leyes de Partida la explican con diferencia. Segun ellas es llamado siervo de la pena, aquel

que es condenado á trabajar perpetuamente en obras publicas, ó en otros servicios penosos de utilidad publica. (1) Tales eran antiguamente remar en las galeras y trabajar en las minas de azogue: pero habiendose abolido del todo estas penas, solo han quedado las de presidio y arsenales condenando á los reos incorregibles y del todo abandonados á los trabajos penosos de bombas y otras maniobras infimas, atados á la cadena de dos en dos, sin arbitrio ni facultades en los gefes para su soltura ni alivio. No obstante en el dia ni con impropiedad puede llamarse esta, servidumbre de pena, por faltarle la calidad de ser perpetua. En efecto el amor

(1) L. 2. tit. 18. P. 4. y 18. tit. 1. P. 6.

à la humanidad, hizo atender á que la penalidad y afán de estos trabajos era insufrible; y así con la mira de evitar el total aburrimiento y desesperacion de los infelices que se veian sugetos á su interminable sufrimiento, se dispuso que no puedan los tribunales destinar à reclusion perpetua, ni por mas tiempo que el de diez años en los arsenales á reo alguno; por lo que no hay ya servidumbre de pena, ni tampoco caso alguno en que segun la practica del dia se padezca la perdida de cabeza que llamaban maxîma.

La media padecían entre los romanos: 1. aquellos á quienes se prohibia el uso del agua y del fuego. Esta pena se originó de que los ciudadanos romanos gozaban el pri-

vilegio de no perder contra su voluntad los derechos de ciudad. Segun esto para privar de ellos à algun delinqüente, era necesario mandarle no que saliese para un destierro, porque á esto segun hemos dicho no podia ser obligado, sino á que no usase de agua ni de fuego. Notificada al reo esta sentencia, se le ponian guardias para que le impidiesen usar de ambos elementos. Mas como de esta suerte no podía vivír, se veia obligado á salir de la ciudad y trasladarse á otra, perdiendo de este modo los derechos de ciudadano romano. 2. La misma padecian los deportados. Estos eran unos hombres desterrados perpetuamente por sus delitos y mandados conducir à alguna isla despues de haberles confiscado todos sus bienes.

(1) Se distingue la deportacion de la relegacion en que en esta no se confiscan los bienes, y puede ser por tiempo cierto; por lo que la primera hace perder los derechos de ciudad, y no la segunda. De la deportacion y relegacion hablan las leyes de Partida casi en los mismos terminos que el derecho de romanos. (2)

La minima pèrdida de cabeza padecìan los adrogados y los emancipados: pero segun nuestro derecho solo la padecen los primeros, por que de hombres libres de toda potestad ó padres de familia, se hacen hijos y se reducen á la patria potestad del adrogante. (3)

---

(1) L. 2. tit. 18. P. 4. (2) Ll. 2. y 3. tit. 18. P. 4. (3) L. 7. tit. 7. P. 4.

En el dia por ninguna de estas pèrdidas de derechos, se pierde el qne los parientes consanguineos tengan à la tutela de sus parientes pupilo. Pero por razon de ser infame aquel á quien por sus delitos se impongan las penas de presidio arsenales ó destierro, debería ser privado de la tutela legitima, aun quando cumplido el tiempo de su condena volviese à la ciudad. (1)

---

(1) Arg. de la l. 7. tit. 6. P. 7.



TITULO XVII. XVIII. Y XIX.

DE LA TUTELA LEGITIMA DE LOS PATRONOS DE LOS PADRES Y DE LOS HERMANOS.

Entre las tutelas legitimas ó que corresponden por ministerio de la ley, numeramos la de los patronos. Patrono se dice aquel que dió la libertad graciosamente à un siervo. Entendemos pues por tutela legitima de los patronos, la que pertenece conforme á derecho al patrono en el liberto manumitido antes de la pubertad. (1)

El fundamento de esta tutela es el mismo que el de la legitima de los consanguineos. *A donde corresponde el provecho de la herencia,*

(1) L. 10. tit. 16. P. 6.

alli mismo debe ir la carga de la tutela. (1) Ahora pues; como muriendo sin hijos el liberto y sin padre ó madre ni otro pariente de los que conforme à derecho le habían de heredar, sucedía el patrono, se infiere de aqui que debía ser su tutor legítimo. (2)

Tutela legitima de los padres se llamaba la que exercían éstos en los hijos emancipados antes de la pubertad. (3) En el dia como ninguno puede emancipar á sus hijos menores sin autoridad Real ó aprobacion del consejo en sus respectivos casos, dificilmente tiene lugar esta tutela.

La tutela fiduciaria es la que exercía el hermano mayor de 25. años en su hermano emancipado y

(1) Dha. l. 10. (2) Dha. l. 10. tit. 16. P. 6. (3) La misma l. 10.

menor de 14. años despues de muerto su padre que era su tutor legitimo. (1) Pero esta tutela nunca ha tenido ni puede tener lugar entre nosotros, pues aunque se verifique el caso que se figura, entrará el hermano à ser tutor, pero no fiduciario, sino legitimo por ser el pariente mas cercano del pupilo.

TITULO XX.

DE LA TUTELA DATIVA.

Hasta aqui hemos explicado dos especies de tutela, la testamentaria y la legitima: resta la tercera que es la dativa. Se llama así por que este tutor es dado no en testamento ni por ley, sino por el juez. Defini-

(1) Dha. l. 10.

rémos pues esta dacion de tutor: *un acto por el qual el magistrado con autoridad de la ley nombra tutor al pupilo que no lo tiene testamentario ni legitimo.* (1) De esta definicion inferimos. 1.° Que para conseguir el fin de esta tutela, que es que el pupilo y sus bienes no padezcan detrimento, debe ser dado el tutor puramente y de ninguna manera con condicion que suspenda su oficio, ó que no sea concerniente al acto ni á dia cierto ni para cierto tiempo, como puede suceder en el testamentario. (2) La razon de diferencia ya la hemos insinuado, y es por que el defecto del testador puede ser suplido por el juez nombrando cu-

---

(1) L. 12. tit. 16. P. 6. (2) L. 8. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez num. 4. ℣. se condicion.

rador al pupilo; pero el de este no hay por quien se supla, y por tanto quiere el derecho que en el acto mismo se provéa á la necesidad del huerfano desamparado. 2.º Que esta tutela es subsidiaria: es decir, que no tiene lugar sino en falta de tutor nombrado en el testamento ó de parientes cercanos que lo sean conforme à derecho. (1) 3.º Que procediendo el magistrado en este nombramiento con autorídad de la ley, segun ella debe dar el tutor el juez ordinario del domicilio del pupilo, ó del lugar en que nació ó en donde tiene la mayor parte de sus bienes. Pero si todos los referidos nombrasen, será preferente el nombramiento del que conste haberlo hecho pri-

(1) Dha. l. 10.

mero; y si todos lo hubieren hecho al mismo tiempo, preferirá el del juez del domicilio del pupilo. (1) De esta regla se exceptúan los hijos primogenitos de los grandes à quienes da el Rey tutor por sí mismo ó confiere especial comision á algun magistrado para que se lo dé. (2)

Ultimamente deben pedir al juez este tutor, en primer lugar la madre y parientes del pupilo. Y en caso de que nadie lo pidiese y llegase á noticia del juez el desamparo del pupilo, puede nombrarlo de oficio (3) en virtud de la potestad que le concede el derecho. Deberá darlo por sí mismo, si los bienes del pupilo

---

(1) Dha. l. 12. (2) L. 14. tit. 5. lib. 2. Rec. de Cast. (3) L. 12. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez num. 7.

valiesen mas de 500. maravedis; pero si no ascendieren à esta cantidad, podrá delegar al inferior la dacion de tutor. (1)

TITULO XXI.

DE LA AUTORIDAD DE LOS TUTORES.

Hemos visto hasta aqui todas las especies de tutores: siguese ahora tratar de sus oficios. Estos, unos tienen por objeto la persona del pupilo, y otros la administracion de sus bienes. Entre los que miran al cuidado de la persona del pupilo, los principales son. 1.° Darle educacion è instruirle en aquellas ciencias ó artes que sean convenientes, atendidas las circunstancias de su

(1) La misma l. 12.

familia nacimiento y facultades. (1) 2.º Alimentarlo del modo y en los terminos que el padre haya dispuesto en su testamento, ó en los que el juez dispusiere con consideracion à los haberes del pupilo, cuidando que estos gastos puedan hacerse de los reditos ó frutos de sus bienes, y no con los principales ó propiedades (2)

3.º Con el nombre de alimentos se entiende no solo la comida vestido y habitacion, sino tambien todos los demás gastos que sean necesarios para conseguir la conveniente ilustracion del pupilo, asi en lo moral como en lo civil. (3) 4.º La habitacion ó casa debe ser la que el padre haya señalado al pupilo en su

---

(1) L. 16. tit. 16. P. 6. (2) Ll. 19. y 20. tit. 16. P. 6. (3) L. 16. tit. 16. P. 6.

testamento; y no habiendo señalado alguna, se criará en la de la madre, y en su falta, ó casandose esta, en donde determinare el juez: pero de ninguna suerte en casa de aquel que puede heredar sus bienes. (1)

El cuidado de los bienes del pupilo, compone la segunda parte de los oficios del tutor. Este consiste principalmente en que intervenga en todos los contratos y negocios del pupilo. Diximos arriba, que la tutela era una fuerza y autoridad que concede el derecho en los mozos libres de toda potestad. Sobre esto es digno de observarse, que estas dos palabras no son sinonimas, sino que la *fuerza* denota una facultad mayor que la *autoridad*. La

(1) L. 19. del mismo tit.

fuerza pues, la exercen los tutores en los infantes, y la autoridad en los mas adultos. La infancia dura hasta el año septimo de la edad: el tiempo que corre desde los siete años hasta la pubertad, se divide en dos partes iguales: en la primera se dice el pupilo proxîmo á la infancia, y en la segunda proxîmo á la pubertad. Segun estas reglas, para mayor claridad diremos: que el hombre se llama infante hasta los siete años: proxîmo á la infancia hasta los diez y medio: proxîmo á la pubertad hasta los 14: en los 14 puber: plenamente puber hasta los 18; y mayor á los 25. La muger será infante hasta los siete años: proxîma à la infancia hasta los nueve y medio: proxîma á la pubertad hasta los 12:

puber en los 12: plenamente puber à los 14; y mayor á los 25. Estos terminos de la edad, se deben tener presentes y observarse con cuidado.

No se puede dudar, que mayor debe ser la potestad del tutor en el pupilo infante, que en el que se halla proxîmo á la infancia ó á la pubertad. Quando el pupilo es infante, nada puede hacer por sí, sino que todo lo hace el tutor en su nombre, y en este caso se dice propiamente que administra. (1) Mas si el pupilo se halla proxîmo à la infancia ó á la pubertad, puede hacerlo todo con tal que su tutor esté presente y apruebe lo que ha de obrar: (2) en cuyo caso se dice

(1) L. 17. tit. 16. P. 6. (2) dha. l. 17.

que interpone su autoridad. Esto se verá mas claramente con dos exemplos. Un pupilo infante no puede contraher, aceptar una herencia ó mover un pleito: todo esto es necesario que lo haga el tutor en su nombre, y aun sin noticia del pupilo. Por el contrario: el mayor de siete años, contrahe legitimamente, acepta herencia ó mueve pleito siempre que esté presente su tutor, y que todo lo obre con su aprobacion y autoridad. De aquí nace que la palabra latina *auctoritas* se tenga por derivada del verbo *augeo*, por que en realidad el tutor aumenta y completa lo que falta à la persona del pupilo. El infante casi no es persona por falta de uso de razon, y por tanto obra el tutor en su nombre; pero el que es mayor de esa

edad, aunque es persona en realidad, por la debilidad del juicio se reputa por media persona. Viene pues el tutor à completar lo que falta á este pupilo, y aumentar su persona, quando aprueba y consiente. Por tanto esta aprobacion y consentimiento del tutor, es lo que propiamente se llama autoridad.

De estos principios nace la deficicion de la autoridad. Es pues *un acto por el qual el tutor aprueba lo que el pupilo mayor de la infancia obra, capaz de hacer peor su condicion.* (1) Se dice que es un *acto*, porque no basta la taciturnidad del tutor, sino que se requiere licencia ó aprobacion expresa, lo que significa la palabra *otorgamiento* de que usa nuestro derecho. (2) Se dice

(1) L. 17. tit. 16. P. 6. (2) Dha. l. 17.

que *por èl aprueba el tutor lo que el pupilo mayor de la infancia, obra*; por que si el pupilo es todavía infante, nada puede obrar, sino que entonces el tutor lo administra todo; luego no interpone autoridad. Se dice ultimamente *capaz de hacer peor su condicion*; por que como verémos despues, puede el pupilo sin autoridad de su tutor hacer mejor su condicion; pero de ninguna manera hacerla peor. (1) V. g. si Ticio dona al pupilo una onza de oro, es válida la donacion aunque el tutor no esté presente ni la apruebe: pero si el pupilo promete à Ticio un caballo, no nace obligacion de esta promesa, si no es que el tutor la hubiese autorizado. (2)

De la definicion que hemos

(1) La misma l. 17. (2) Dha. l. 17.

explicado, se deducen dos axîomas. 1.° La autoridad del tutor es necesaria siempre que se intenta algun negocio del qual puede resultar peor la condicion del pupilo. 2.° El tutor mediante la autoridad suple la falta de juicio del pupilo.

El primer axîoma establece: que es necesaria la autoridad del tutor siempre que puede hacerse peor la condicion del pupilo: por que mejorarla puede aun sin noticia ni consentimiento suyo. ¿ Pero quando se dirá que hace mejor su condicion el pupilo, y quando peor? La hace mejor, siempre que obliga à otro v.g. quando otro le promete le dona ò le dá en commodato. La hace peor siempre que el pupilo se obliga à otro, v. g. quando promete dona dá

en comodato. (1) De aqui nacen dos importantes conclusiones. 1.ª Que el pupilo sin necesidad de autoridad alguna puede aceptar promesas y adquirir por qualquier titulo lucrativo, por que de esta suerte otro se obliga al pupilo; pero el pupilo no queda obligado al otro si no interviene la autoridad del tutor. Por exemplo: un mercader vende un relox de oro à un pupilo en 100. pesos, pero sin consentimiento de su tutor. Verificada la compra dá parte el pupilo al tutor del contrato que ha celebrado: al tutor le parece bien: lo aprueba y dá orden de que se entregue el precio: el mercader que mientras tanto se había arrepentido de la venta quiere disolverla fundandose en que no quedó

(1) Dha. l. 17.

obligado por haber sido celebrado el contrato con un pupilo que no tiene juicio bastante para contraer. Se pregunta ahora ¿quedaría obligado? No hay duda que sí, segun los principios sentados. (1) Pero si el mercader quisiese compeler al pupilo à que pagase el precio, responderia este muy bien que no habìa podido obligarse sin consentimiento de su tutor. Es verdad que puede parecer injusto que en un mismo contrato el mercader se obligue y el pupilo quede libre; pero no es así, por que voluntariamente se sugeta á ese gravamen el que contrae con el pupilo sin anuencia de su tutor, y por tanto no debe tener à mal que el contrato claudique, ó que no sea de una y otra parte obligatorio.

---

(1) La misma l. 17.

Todo lo dicho es consiguiente à los principios establecidos: unicamente admite duda ¿si sea necesaria la autoridad del tutor para que el pupilo admita una herencia? Podria parecer superflua la autoridad en este caso, por que el que acepta una herencia suele hacer su condicion mejor, en cuyo caso segun se ha dicho ya, no se requiere consentimiento ni aprobacion del tutor. No obstante: de nuestras leyes se deduce claramente que sería nula semejante aceptacion. (1) La razon es por que la aceptacion de la herencia, es un quasi contrato por el qual se obliga el heredero, no solo à pagar à los acreedores del difunto lo que se les deba, sino tambien á los legatarios y fideicomisarios lo que

(1) Arg. de dha. l. 17. tit. 16. P. 6.

se les haya dejado en el testamento: es asi que á nada puede obligarse el pupilo sin autoridad de su tutor: (1) luego ni aceptar la herencia.

El segundo axîoma dice: que el tutor con su autoridad suple la falta de juicio del pupilo. De aquí tambien se deducen varias conclusiones. 1.ª El tutor no puede interponer su autoridad en causa propia; (2) es decir: no puede el tutor interponer su autoridad en negocio que interése à él y al pupilo. La razon es, por que quando el tutor suple la falta de juicio del pupilo, uno y otro forman como una sola persona, la qual no puede contraer consigo misma. 2.ª El tutor no puede com-

(1) La misma l. 17. (2) Arg. de las ll. 4. tit. 5. P. 5. 18. tit. 16. P. 3. y 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

prar cosa alguna del pupilo, por que asi interpondría su autoridad en causa propia, lo que no puede segun hemos dicho. (1) Se exceptúa el caso de que comprase con licencia del juez y consentimiento de los contutores, por evitarse de este modo que el pupilo sea dañado; pero si lo fuere, puede pedir restitucion dentro de quatro años despues de haber llegado à la mayor edad. 3.ª Si naciese pleito entre el tutor y el pupilo, se debe dar á este otro tutor que lo defienda al qual llaman *curador ad litem*. La razon es, por que el pupilo por la contestacion del pleito quasi contrae: el que quasi contrae se obliga: el pupilo no puede obligarse sin autoridad del tutor: el tutor no

(1) L. 4. tit. 5. P. 5. y 23. tit. 11. lib. 5. Rec. de Cast.

puede interponer su autoridad en causa propia: luego es necesario que se le dè otro que autorize. (1)

TITULO XXII.

DE LOS MODOS DE FENECERSE LA TUTELA.

Todos los modos de acabarse la tutela se fundan en este axîoma. *Cesando la causa, cesa la tutela.* La causa de la tutela es la educacion y cuidado de aquel que por su edad no es capáz de dirigirse por sí mismo: luego si no hay necesidad de estos oficios ó el tutor no los puede cumplir, se acabarà la tutela.

De este axîoma se infiere cla-

(1) Arg. de la l. 13. tit. 16. P. 6.

ramente, que se disuelve la tutela por la muerte yá del tutor yá del pupilo. (1) La razon es, por que muerto el primero, no es yá capàz de guardar al pupilo, y muerto este, no necesita de guarda. De allí mismo se colige, que la tutela no pasa á los herederos por ser un cargo publico y personal que espira con la persona. Se exceptúa la tutela legitima que pasa á los herederos, por ser estos los parientes mas cercanos.

Otro modo de acabarse la tutela, es por la perdida de cabeza. Por que como se equipara á la muerte segun hemos visto, (2) se le atribuyen con razon los mismos efec-

---

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

tos. Pero es necesario distinguir, entre perdida de cabeza del pupilo y del tutor. Por qualquiera de las tres que padezca el pupilo, se acaba la tutela. No así el tutor: este por la perdida maxîma y media, queda privado del exercicio de su empleo; pero no por la minima. (1) La razon es esta: si el pupilo padeciese la maxîma, se haría siervo: si la media, extrangero si la minima: hijo de familia por la adrogacion: es asi que un siervo no puede estar bajo de tutela por no ser cabeza libre, ni un extrangero por ser esta un derecho propio de los ciudadanos, ni un hijo de familia por estar bajo la patria potestad y al que tiene padre no se dá tutor:

(1) Dha. l. 21, tit. 16. P. 6.

luego en qualquiera de estos casos fenece la tutela. La razon porque el tutor que padece la maxîma y media perdida de cabeza es privado de la tutela, es porque el siervo y el extrangero, no pueden ser tutores por ser incapaces por derecho de todo cargo publico. La minima no daña al tutor, porque aun el hijo de familia puede serlo, como que en los cargos publicos se reputa por padre de familia. (1)

El tercer modo de acabarse la tutela, es la pubertad ó la edad de 14 años en los varones y de 12 en las mugeres. (2) Una de las razones por que se había dado la tutela y la principal es: para que

---

(1) L. 4. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez num. 6. (2) L. 21. del mismo tit.

el pupilo sea educado bajo el gobierno y direccion del tutor: cesa pues esta quando ha llegado á la pubertad y adquirido algun juicio; pero como no tiene todavía todo el que es necesario para dirigirse por sí mismo, y administrar sus bienes, le ha proveido el derecho de otra guarda con el nombre de curatela. Esta aunque en rigor podía llamarse continuacion de la tutela hasta la mayor edad, no se ha llamado asi, porque en realidad se advierte diferencia entre los cargos del tutor y del curador: aquel como hemos notado yá, tiene por principal objeto la persona, y este los bienes del pupilo. Se dice pues, con razon que á los 14 años se ha concluido la tutela, no obstante que haya de comenzar la curatela.

El quarto modo es la llegada del dia ó cumplimiento de la condicion con que fué dado el tutor. (1) Pero este, solo puede tener lugar en la tutela testamentaria, por que solo en testamento puede ser dado tutor hasta cierto dia ó bajo de condicion. Por exemplo si el padre dixese en su testamento: Ticio sea tutor de mis hijos por cinco años: ó sea tutor si no tuviere hijos. En estos casos pasado el quinquenio ó si el tutor procrea hijos, cesará la tutela porque ya llegó el dia señalado, ó se verificó la condicion.

El quinto modo de fenecer la tutela, es la excusa y el sexto; la remocion del tutor sospechoso. (2) Pero como estos modos son comunes à los tutores y curadores, por que

---

(1) L. 21. (2) Dha. l. 21.

unos y otros pueden excusarse, ó ser removidos como sospechosos, se reserva el tratar de ellos en los ultimos titulos de este libro.

Concluido el tiempo de la tutela, incumbe al tutor la obligacion de dar cuentas de su administracion, y entregar al menor ó á su curador todos los bienes exîstentes. (1) Esta obligacion nace de la naturaleza misma de la tutela. En virtud de ella, debe el tutor administrar la hacienda del pupilo; y es regla general que todo aquel que administra cosas agenas está obligado à darlas. ¿ Pero que arbitrio se tomará quando el tutor se resista á verificarlo? En este caso tiene lugar la accion llamada *de tutela*, que no se debe confundir

(1) Dha. l. 21. al fin.

con la de sospechoso y de revision de cuentas, por que se diferencian en el tiempo en que se deben entablar, y en el fin á que se dirigen. La accion de sospechoso, tiene lugar durante la tutela, siempre que el tutor no desempeñe su oficio con fidelidad. La de tutela se entabla fenecida esta, y antes de rendirse las cuentas; y la de revision de cuentas, despues de dadas estas pero mal y con fraude. El fin de la primera, es que el tutor sea removido; el de la segunda, que dé cuentas, y el de la tercera, que se glosen y revisen estas mismas, y que hallandose que el tutor substrajo algo de los bienes, lo restituia con pena à arbitrio del juez. (1)

En la accion de tutela se debe

(1) L. 21. tit. 16. y 4. tit. 17. P. 6.

observar que es, ó directa ó contraria. La directa se dá al pupilo despues de la pubertad contra el tutor sus fiadores y sus herederos para que dé cuentas con pago: (1) la contraria se dá al tutor fenecida la tutela contra el pupilo para que lo indemnize si ha hecho algunos gastos de su cuenta en la hacienda del pupilo, ó si ha sufrido algun daño dimanado de la tutela y sin culpa suya.

No solo debe ser indemnizado de las expensas que haya hecho de su cuenta en la administracion de la tutela, sino que à mas de esto puede abonarse y tomar para sí por razon de su trabajo y responsabilidad en que se constituyó, la decima parte

(1) L. 21. al fin.

de los frutos que los bienes de su menor hayan producido mientras duró la tutela. (1) Este beneficio se extiende tambien à los curadores; pero en el supuesto de que unos y otros administren y cumplan como deben sus obligaciones.

TITULO XXIII.

DE LA CURATELA Y CURADORES.

Casi todo lo que se ha dicho hasta aquí pertenece à la tutela: siguese ahora tratar de la curatela. Esta es *una potestad de administrar los bienes de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos.* (2) Se dice *una po-*

(1) Ll. 3. tit. 3. lib. 4. del Fuero Juzgo y 2. tit. 7. lib. 3. del Fuero Real.
(2) Ll. 12. y 13. tit. 16. P. 6.

testad, no con derecho de adquirir para sí como la que tiene el padre en sus hijos, el señor en sus siervos; sino directiva, como la que compete à todos los administradores de las cosas agenas. Por que así como el tutor cuida de la persona del pupilo y por eso su oficio es una fuerza y potestad para educarlo y defenderlo, así la coratela es una potestad de administrar las cosas y bienes. Se añade *de aquellos que no pueden hacerlo por sí mismos* para denotar que los curadores se dán à los que en realidad son personas, esto es à los mayores de 14. años pero que por algun otro impedimento no pueden cuidar de sus cosas. Tales son los menores de 25. años, los furiosos, prodigos, perpetuamente enfermos y

ausentes. (1)

De esta definicion nacen las diferencias que hay entre el tutor y el curador. 1.ª El tutor se dá primeramente para la persona, y secundariamente para las cosas. 2.ª Hablando con rigor y propiedad se dice que el tutor interpone autoridad, por que es necesario que aumente y complete la persona del pupilo y supla el defecto de la impubertad. Pero como nada falta á la persona de los púberes, se dice que el curador presta consentimiento, no que interpone autoridad. 3.ª Al que tiene tutor no se le puede dar otro, pero sí curador. (2) V. g. si nace pleito entre el pupilo y el tutor, ó si este se enferma ó ausenta. 4.ª El tutor se dá al

---

(1) L. 13. tit. 16. P. 6. y en ella Greg. Lopez num. 1. (2) Dha. l. 13.

pupilo aunque no lo quiera; (1) pero el curador no se dá al menor si no lo pide excepto en los pleitos para los que precisamente se le debe nombrar. (2) Ultimamente el curador se puede dar para un acto ó cosa sola; pero el tutor ha de ser para la persona y todos los negocios del pupilo. (3)

Veamos ahora quantas especies hay de curatela. La tutela diximos que era, ó testamentaria ó legitima ó dativa. Pero toda curatela hablando con propiedad es dativa. (4) Es verdad que suele darse à los furiosos ó mentecatos por curador à algun pariente suyo cercano; pero à ninguno de estos corresponde la curatela por ministerio de la ley, sino por nombramiento del juez. Tampoco debe haberla testa-

---

(1) L. 1. tit. 16. P. 6. (2) Dha. l. 1. (3) La misma l. (4) L. 12. tit. 16. P. 6.

mentaria. (1) La razon que motivó esta disposicion antiguamente, fuè que parecía absurdo que el padre dispusiese de la curatela en un tiempo en que el hijo se hallaba en estado de otorgar testamento. A la manera pues que la substitucion pupilar cesa con la pubertad, por que el padre no puede dar heredero à su hijo en un tiempo en que este puede testar é instituir heredero, de la misma manera solo puede dar tutor para el tiempo que precede á la pubertad; pero no curador para despues de ella: por que entonces el hijo es capáz de testar, y así se juzgó que la provision paterna no debía llegar hasta allá. No obstante: aunque la curatela no se debe dejar en testamento, si el

(1) L. 13. tit. 16. P. 6.

padre la deja à su hijo, debe confirmarla el juez, si el curador le parece aproposito para evacuar su encargo. Podemos pues decir, que toda curatela es dativa por que siempre toma su fuerza del nombramiento ó aprobacion del juez; y de lo dicho en la definicion inferimos, que tiene lugar 1.º en los menores de edad. 2.º En los furiosos y mentecatos. 3.º En los prodigos. Y 4.º en los perpetuamente enfermos ausentes ó impedidos.

La primera especie de curatela dativa, es la que se dá á los menores de 25. años en consideracion à que por falta de edad no están aptos para tomar la libre administracion de sus bienes. (1) Es verdad que

(1) L. 13. del mismo tit.

ningono que haya llegado á la pubertad debe ser compelido á recibir curador sino para los negocios judiciales; (1) pero tampoco puede siendo menor tratar y contratar sin tenerlo. Deben pues todos pedirlo y nombrarlo; y siendo idoneo el que eligieren, debe ser confirmado por el juez. El medio que se ha juzgado mas oportuno para que lo pidan, es no dar por concluida la tutela antes de que tengan curador, privando de la administracion de sus bienes à los que no lo tienen. De esta suerte se verifica que no se dá curador, sino à los que lo quieren, y que se dá á todos los menores.

De esta regla se exceptúan los que obtienen del supremo consejo

(1) Dha. l. 13.

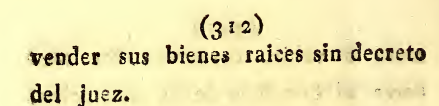
venia de edad, ó habilitacion para administrar sus bienes sin necesidad de curador. Para impetrar esta licencia ó facultad, se requiere en el varon la edad de 20. años y en la muger la de 18. y que unos y otros acrediten con informacion judicial, que son habiles para la administracion y manejo de sus cosas. Despues de impetrada, es necesario que se presenten con ella al juez de su domicilio para que le conste estar habilitados ó dispensados, y evacuar lo que por el consejo se le ordene en ella. Verificado esto, queda el menor esento de la potestad de su curador, y puede otorgar qualesquiera contratos y comerciar del modo que quiera quedando eficazmente obligado. (1) Pero no obs-

(1) Auto Acord. 26. tit. 5. lib. 3. Rec. de Cast.

tante la venia, conservan los menores el beneficio de la restitucion. (1) Y como no se extiende á mas que á la administracion, sino es que se exprese, no pueden vender ni gravar sus bienes raices sin licencia del juez, ni hacer otras cosas que están permitidas solamente á los mayores de 25 años. (2)

Se exceptúan tambien los mayores de 18 años. casados à quienes se les concede que puedan administrar sus bienes, y los de sus mugeres sin necesidad de venia; (3) pero tampoco estos quedan privados del beneficio de la restitucioin quando hayan sido dañados, ni pueden

(1) Arg. de las ll. 207. de Estil y 5. tit. 11. P. 5. (2) Feb. ref. 1.ª pte. cap. 28. num. 38. (3) L. 14. tit. 1. lib. 5. de la R. de Cast.



vender sus bienes raices sin decreto del juez.

Por el contrario los indios, aunque sean mayores de 25 años, los repúta el derecho como menores en la enagenacion de sus bienes. La razon es, porque su estupidéz é ignorancia hace temer que sean engañados facilmente. Para evitar pues, qualquiera daño que les pueda resultar, se dispone: que quando los indios hayan de vender sus bienes sean raices ó muebles, se pongan á pregon en almoneda publica à presencia de la justicia, los raices por termino de 30 dias y los muebles por nueve; y que lo que de otra forma se rematare, sea de ningun valor ni efecto. Pero si al juez pareciese que hay justa causa para abreviar el termino en quanto

à los muebles, lo puede hacer. Esta disposicion tiene lugar quando el valor de los bienes excede de 30 pesos: porque si fuere menos, bastará que el vendedor indio parezca ante algun juez ordinario à pedir licencia para hacer la venta; y constandole por alguna averiguacion que es suyo lo que vende y que no le es dañosa la enagenacion, le darà su licencia interponiendo su autoridad en la escritura que se otorgue. (1)

La segunda especie de curatela dativa, es la de los furiosos y mentecatos. (2) A estos aun repugnandolo se les dá curador, porque la falta total de juicio los hace inca-

---

(1) L. 27. tit. 1. lib. 6. Rec. de Ind.
(2) L. 13. tit. 16. P. 6.

paces de la administracion de sus bienes. Como los prodigos, en el efecto, no distan mucho de los furiosos por no saberse conducir como sensatos y cuerdos, los ha equiparado el derecho y así como previene que se dé curador à estos, se debe dar tambien á aquellos: por que donde milita la misma razon, debe tener lugar la misma disposicion de derecho. (1) Pero es necesario hacer distincion entre prodigos moral y juridicamente tales. Los primeros son todos aquellos que ninguna economía observan en los gastos, de suerte que dilapídan sus bienes. En este sentido no se toma aquí la palabra: porque si à todos los prodigos de este ge-

(1) L. 5. tit. 11. P. 5.

nero se hubiese de dar curador, se encontrarían muchos á quienes sería muy conveniente nombrarselo. Prodigos juridicamente son los que el juez con conocimiento de causa ha declarado tales, y en su consecuencia les ha prohibido que administren sus bienes. A estos unicamente se les debe nombrar curador, yá sea pariente suyo, yá extraño; y verificado esto, à nada pueden obligarse sin su consentimiento, como si fueran menores. (1)

Finalmente se puede nombrar curador à los perpetuamente enfermos, ausentes ó de otra manera impedidos, (2) porque en todos estos tiene lugar la razon fundamental de

(1) Dha. L. 5. (2) Ll. 2. tit. 13. P. 3. y 13. tit. 16. P. 6.

la curatela, que hemos dado en la definicion.

Pueden dar curadores, los mismos jueces que dan tutores; y pueden exercer este cargo, todos los que son habiles para exercer el de la tutela: y por tanto aun los hijos de familia, como sean mayores de 25 años. Pero no podrá ser obligado á que reciba la curatela, el mismo que fuè tutor del pupilo;(1) y la razon és porque sería cosa incivíl gravar à un amigo con una doble carga. No obstante: en el dia está recibido que el que fué tutor continúe en la curatela hasta la mayor edad.

Se acaba esta, por parte de aquel à quien se ha dado curador,

(1) L. 3. tit. 17. P. 6.

siempre que cesa la causa por que se dió. Por exemplo cesando la locura, cesa la curatela del loco: cesando la prodigalidad, enfermedad ó la menor edad, cesa la de los pródigos enfermos ó menores: siendo principio constante, que cesando la causa debe cesar el efecto. Por parte del curador se acaba, por excusa legitima que pruebe: v. g. que tiene necesidad de ausentarse del lugar. Lo mismo debe decirse quando por no administrar con fidelidad, es removido como sospechoso. (1) Pero de estos dos modos trataremos en los ultimos titulos.

Acabada la curatela, competen al menor contra su curador, y à este contra aquel, las mismas

---

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

acciones que diximos tener el pupilo contra su tutor, y este contra el pupilo. (*)

(*) Està accion de la curatela se llamaba *util* en las leyes de los Romanos. La razon era, porque todas aquellas acciones que nacían inmediatamente de las palabras de la ley, se llamaban *directas*, y las que los jurisconsultos deducían por interpretacion tomada de la razon de la ley, se decían *utiles*. Ahora pues: como las leyes de las doce tablas solo habían hecho mencion de la accion de tutela, sín hablar nada de la de la curatela, juzgaron los jurisconsultos que aquella misma podía acomodarse á los curadores, porque donde hay la mis-razon, debe haber la misma disposicion de derecho. Entre nosotros no se necesita de esta accion util, porque tanto la de tutela como la de curatela se hallan expresas eu la ley 21. tit. 16. P. 6. que con el nombre de *guardadores* entiende á los tutores y curadores.

TITULO XXIV.

DE LAS FIANZAS QUE DEBEN DAR LOS TUTORES Y CURADORES.

Hasta aquí hemos tratado de la tutela y curatela separadamente. Siguense ahora algunas cosas que son comunes á los tutores y curadores. Estas son las fianzas, las escusas, y el crimen de sospechoso, que son la materia de los titulos restantes.

Aunque todas las cauciones tienen por objeto que los acreedores no sean facilmente defraudados de sus creditos: no obstante hay muchos casos en que no se puede admitir otra, sino la fideiusoría. Tal es el de los tutores y curadores, á los que, no afianzando con bastante seguridad, no se les debe discernir la tutela ó curaduría; es nulo quanto executen:

y se les puede privar de la administracion. La principal razon de esto es, por que es indeterminada la cantidad à que puede ascender el daño que el tutor ó curador cause al pupilo: luego si diese prendas que valiesen v. g. cinco mil pesos y despues al tiempo de las cuentas se advirtiese un descubierto de diez mil, habría sido inutil al pupilo la caucion pignoraticia. Son pues absolutamente necesarios los fiadores para que prometan y aseguren, que en todo evento estará salva la hacienda del pupilo.

Con lo dicho se viene facilmente en conocimiento de la razon por que se han inventado estas fianzas. La primera por que aunque el tutor se dá principalmente para la persona, no obstante administra los

bienes del pupilo y el curador se dá principalmente para las cosas. Siendo pues, regla general que todos los que administran cosas agenas, deben dar cuentas y afianzar, se sigue què es muy justo que los tutores y curadores tengan la misma obligacion. A esto se añade la especial conmiseracion de que son dignos los huerfanos; por que importa à la republica que aquellos que se hallan desamparados y destituidos de todo socorro, tengan seguros sus bienes por la vigilancia de los magistrados. Todo esto no se podría conseguir sino afianzando los tutores y curadores.

Pero como no todos indistintamente estén obligados à ello, se hace preciso investigar quales son los que deben prestar esta caucion, y quales no. Sobre este punto establece-

rémos un axîoma general, del qual se deducen algunas conclusiones especiales. Este es que *todos los tutores y curadores en quienes cabe alguna sospecha, están obligados à afianzar.* Se hará claro este axîoma teniendo presente el fin de esta caucion, el qual segun yá hemos notado, es el de que los bienes del pupilo estén seguros asi de la malicia como de la negligencia del administrador: luego si ningun peligro se teme de que el tutor ó curador defraude al pupilo ó le cause daño en sus bienes cesando la causa, debe tambien cesar el efecto que es la fianza. De este axîoma inferimos. 1.° Quienes no dan fianzas. 2.° Los que están obligados à darlas.

No tienen obligacion de afianzar los tutores dados en testamento

sean ó no confirmados por el juez. (1) La razon es; por que el padre por el hecho mismo de nombrarlos dá una prueba bastante de estar plenamente informado de la probidad de aquel que dá por tutor á su hijo y de que está satisfecho de su fidelidad y diligencia en el cuidado y administracion de la persona y bienes del huerfano. No teniendo pues, lugar en estos sospecha alguna, segun nuestro axioma, deben estar libres de la obligacion de afianzar.

Por el contrario se infiere: que están obligados á dar fianzas. 1. todos los legitimos aunque sean la madre y abuela. (2) La razon es; por que estos ni son nombrados por

---

(1) L. 9. tit. 16. y en ella Greg. Lopez num. 5. (2) Ll. 94. y 95. tit. 18. P. 3 y 9. tit. 16. P. 6.

el testador ni por el magistrado, sino que son llamados inmediatamente por la ley, y no por mas diligentes, sino por parientes mas cercanos: por tanto en ellos tiene lugar qualquiera sospecha y conforme á nuestro axîoma deben afianzar. 2. Todos los curadores y tutores dados por los jueces ordinarios, (1) asi porque no suelen tomarse todos los informes necesarios á cerca de su conducta y habilidad, como porque no residen en ellos facultades para exîmirlos de las fianzas. La practica es, que aun á los que se dán por los tribunales supremos se les mande afianzar, sino es que las circunstancias recomendables del tutor ó curador hagan que se le dis-

(1) Arg. de la l. 12 tit. 16. P. 6.

pense esta formalidad. 3. Tambien están obligados à afianzar aun los testamentarios que se ofrecen á la administracion; (1) porque se presume que no se ofrecerian, sino esperáran lucro: el que tiene esta mira en los bienes del pupilo dá lugar à sospecha: luego debe afianzar.

Hemos visto yá de que principios se deduce la obligacion de dar fianzas y quienes las dán. Veamos ahora en que forma se deben dar. Por fianza entendemos: una seguridad que resulta de obligarse á satisfacer por el principal otros à quienes llamamos fiadores. De donde se infiere: que estando los tutores y curadores obligados á afianzar, deben dar fiadores abonados

(1) L. 11. tit. 16. P. 6.

que prometan satisfacer en falta suya, asi todo el alcanze que resulte al tiempo de las cuentas, como tambien los daños que por su culpa ó negligencia irroguen al pupilo. (1) Pero siendo mejor precaverlos que resarcirlos despues de causados, previene el derecho que no se discierna la tutela ó curaduria, sin que el nombrado se obligue interpuesta la religion del juramento à cumplir fiel y legalmente su oficio procurando en todo el bien y utilidad del huerfano, y evitando todo lo que pueda ser en perjuicio suyo. (2) Así mismo que haga inventario formal y especifico de todos los bienes muebles y raices correspon-

(1) L. 94. tit. 18. P. 3. (2) L. 9. tit. 16. P. 6.

dientes al pupilo ó menor; porque de otra suerte no se le podrían tomar cuentas, ni hacerle efectiva la responsabilidad. (1)

El efecto que producen las fianzas que hemos dicho deben dar los tutores y curadores, es que concluida la tutela y curaduria resulten à favor del pupilo ó menor, tres acciones para recobrar sus bienes. La 1.ª que es la accion de tutela, la intenta contra los tutores en cuyos bienes tiene tacita hipoteca y contra sus herederos para que le dèn cuentas y restituían lo existente. (2) 2. Si con esta accion no consigue de los tutores su cosa, la tiene tambien contra los fiadores

(1) L. 99. tit. 18. P. 3. (2) Ll. 23. y 26. tit. 13. P. 5. y 21. tit. 16. P. 6.

y sus herederos cuyos bienes le deben estar expresamente hipotecados para que le resarzan el daño, ó perdida causada por el tutor. (1) 3. Si los fiadores estan insolventes y por tanto no puede el pupilo recobrar de ellos sus bienes, en este caso recae la culpa en el juez que admitió fiadores poco abonados y se dá contra èl la accion subsidiaria (2) para obligarlo á resarcir todos los daños ocasionados por su descuido en la recepcion de las fianzas. Pero esta accion es de poco uso, ni se debe esperar de ella mucha utilidad. 1.º Por que siempre milita por el juez la presuncion de

---

(1) Ll. 94. tit. 18. P. 3. y 21. tit. 16. P. 6. (2) Feb. de invent. lib. 1. cap. 1. §. 2. num. 77.

diligencia mientras que no se pruebe lo contrario, y esta prueba es bastante dificil por lo comun. 2.° Por que quedará libre el juez mostrando que en el tiempo en que se obligaron los fiadores eran idoneos, y que despues quebraron, lo que sucede frecuentemente. 3.° Por que aun hablando en general, la prudencia dicta que es peligroso mover pleito à los magistrados.

TITULO XXV.

DE LAS ESCUSAS DE LOS TUTORES Y CURADORES.

Amás de la obligacion de afianzar, es comun á los tutores y curadores la facultad de excusarse. Verémos pues, en este titulo 1.° porque se les concede que se escusen:

y 2.° quantas clases hay de escusas.

Se conceden á los tutores y curadores algunas escusas, por que segun hemos dicho yá, tanto la tutela como la curatela son un cargo publico personal que estan obligados à admitir todos los ciudadanos. A la manera pues, que hay justas causas que sirvan de escusa para no servir otros cargos publicos, es muy puesto en razon que las haya tambien para no admitir la tutela y curatela.

Segun lo dicho, escusarse en nuestro derecho *es alegar una causa justa, por la qual no está alguno obligado ó no puede admitir el cargo que se le encomienda.* (1) De aquí se deduce facilmente de quantas ma-

(1) L. 1. y sig. tit. 17. P. 6.

neras son las escusas. Se dividen 1.° en voluntarias, que alegadas aprovechan, v. g. el numero de hijos. Si esta causa se alega, servirá de escusa; pero sino, aun el padre de muchos hijos será obligado à recibir la tutela. Y 2.° en necesarias, que aunque no se opongan impiden el exercicio de la tutela: v. g. el pleito con el pupilo del qual si se tiene noticia, no discierne el juez la tutela al tutor, aunque él la quiera admitir.

Las escusas voluntarias, se subdividen en tres especies. 1.ª En unas que se admiten por razon de privilegio. 2.ª En otras por razon de impotencia. 3.ª En otras por peligro de la fama.

Por privilegio se escusan. 1.° Los que tienen cinco hijos na-

turales, no adoptivos, legitimos, no espurios, vivos ó muertos en la guerra. Porque los que dan la vida por la patria se tienen por vivos en la fama. (2) 2.° Los embajadores y otros ausentes por causa de la republica, durante su ausencia; pero restituidos á su patria deben continuar en la tutela recibida, y hasta despues de un año contado desde el dia de su regreso no se les puede obligar á tomar otra. (1) 3.° Los jueces que estan en actual exercicio; pero el que hubiese recibido la tutela antes de serlo, no se puede despues escusar por esta razon. (2) 4.° Los maestros de gramatica retorica dialectica y medicina, que por mandado del Rey

(1) L. 2. tit. 17. P. 6. (2) Dha. l. 2.

enseñan en su patria ó fuera de ella. (1) 5.º Los Doctores en leyes que son jueces ó consejeros y los caballeros y soldados que reciden en la Corte ó en otro lugar para utilidad del publico. (2) 6.º Los recien casados, desde el dia que contrajeron matrimonio hasta quatro años despues. (3) Ultimamente tienen en España privilegio para escusarse de la tutela y curaduria todos los que tengan doce ó mas yeguas de vientre propias, ò tres caballos padres por tres años continuos. (4) Pero la abundancia de caballos que hay en la America no

---

(1) L. 3. tit. 17. P. 6. (2) Dha. l. 3. (3) l. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast. (4) Real ced. de 8. de Sept. de 1789. art. 3. y l. 3. tit. 17. lib. 6. Rec. de Cas.

ha permitido que se estienda à ella este privilegio.

2. Por razon de impotencia se escusan todos aquellos que no están à proposito para administrar la tutela, no obstante que sean hombres de probidad: de otra suerte su escusa serìa necesaria, y ni en el caso de que condescendiesen serían admitidos. Tales causas son. 1.ª Tener actualmente tres tutelas. 2.ª La pobreza que obliga á vivir del trabajo personal. 3.ª La enfermedad, pero no qualquiera sino la cronica que no dá esperanza de sanidad, y hace al hombre inutil para el manejo aun de sus propios intereses. 4.ª Se escusan tambien los ignorantes de leer y escribir; porque son inhabiles para llevar cuentas con exâctitud. Pero si la tu-

tela fuese de facil desempeño y ellos industriosos, no habrá dificultad en admitirlos. Ultimamente el mayor de 70 años.

3. Por razon de peligro en la fama se puede escusar el que movió pleito al padre del pupilo sobre servidumbre, ó al contrario. El que tiene que demandar à este sobre su herencia ó parte de ella, y el que tuvo enemistad con su padre y no se reconcilió. (1) Podria parecer esta escusa opuesta á la caridad cristiana y que las leyes fomentan el odio que condena la ley de Jesucristo. Pero no es este el fin que se ha propuesto el derecho, sino que concede escusa á los nombrados en este caso por con-

(1) L. 2. tit. 17. P. 7.

sultar á su fama. Porque si estos fuesen obligados á admitir la tutela, se creeria facilmente que iban á aprovecharse de la ocasion para vengar su odio en el pupilo. Para evitar pues, el deshonor que les podian causar estas sospechas y conservarles su fama, les permite la ley que se escusen si lo juzgan por conveniente. (1)

Hemos visto yá las escusas voluntarias que libran del cargo de la tutela si se alegan: siguense las necesarias, que aunque no se opongan sirven de impedimento para exercerla. Tiene escusa necesaria 1.º el loco fatuo ó mentecato. El mudo sordo y ciego total. Porque aunque todos estos si son nombra-

(1) Dha. l. 2. tit. 17. P. 6.

dos en testamento no son removidos del cargo, sino que mientras dura su impedimento se dá otro tutor (lo que tambien se verifica en los menores de 25 años) con todo, no son admitidos à la administracion de la tutela sino dejan de ser locos sordos ciegos ó menores; porque no pueden ser tutores los que por la necesidad que tienen de la direccion de otros, están en curatela. 2.° El mismo genero de escusa tiene el administrador de rentas reales. 3.° El soldado mientras está empleado en el real servicio. 4.° El Sacerdocio, y el estado religioso son tambien impedimentos para el exercicio de la tutela. Pero á los clerigos seculares, excepto los obispos, solo se les prohibe ser tutores testamentarios y da-

tivos, mas no legítimos. La razon de esta disposicion há sido, que los dedicados al culto divino, no sean impedidos de sus oficios y ocupaciones piadosas por el manejo de negocios temporales. (1) Ultimamente por las leyes de Partida se excusaba necesariamente el marido de la curaduria de su muger menor; pero por derecho del dia no solo no está impedido, sino que expresamente se concede que sea administrador de sus bienes. (2)

Resta solamente explicar ante quien y de que modo se deben proponer las escusas, y el tiempo que debe durar este juicio. Todos los tutores y curadores que se hallan

---

(1) Ll. 4. y 14. tit. 16. P. 6. y 2. tit. 17. P. 6. (2) L. 14. tit. 1. lib. 5. Rec. de Cast.

con justa causa para no admitir el cargo que se les encomienda, deben alegar y probar sus escusas ante el juez competente; y como estas se proponen por modo de excepcion, deben alegarse en este concepto como muchas otras. (1) Deberán para ello presentar el pedimento al juez dentro de cincuenta dias contados desde el en que tuvieren noticia del nombramiento, si no dista mas de cien millas del lugar de su residencia. Pero si excediere de ellas la distancia, tienen de termino un dia mas por cada veinte millas de exceso, y treinta despues de ellos. El expediente que se instruya à cerca de la admision de la escusa, se debe finalizar dentro de quatro meses con-

(1) Arg. de la l. 9. tit. 3. P. 3. y l. 1. tit. 5. lib. 4. Rec. de Cast.

tados desde el dia en que se comenzó; pero si se sintiere agraviado por la sentencia el que se escusa, puede apelar al superior. (1)

TITULO XXVI.

DE LOS TUTORES Y CURADORES SOSPECHOSOS.

Se llaman *sospechosos*, *todos aquellos tutores ò curadores que no cumplen su oficio con la fidelidad y exáctitud debida.* (2) Por este concepto se graduará de sospechoso aquel tutor ó curador que se versa mal en los bienes de su menor disipandolos en juegos y otros malos usos, educando mal al pupilo, vendiendo las fincas ó gravandolas con censos,

(1) L. 4. tit. 17. P. 6. (2) L. 1. tit. 18. P. 6.

yá haga estas cosas por dolo ó por culpa, tenga ó no facultades con que restituir los daños que cause. (1) Por que así como la pobreza por sí sola à ninguno hace sospechoso si por otra parte es un hombre de probidad y de industria, así tampoco las riquezas si no están acompañadas de buena conducta pueden por sí solas remover la sospecha que ocasionan los indicios de mal proceder. Es verdad que podría juzgarse que un tutor rico no debe ser acusado como sospechoso, por que aunque administre mal los bienes ó los disipe tiene como resarcir el daño que cause al pupilo. Pero los jurisconsultos raciocinan de otra suerte y conforme à aquel principio

(1) Dha. l. 1.

constante en derecho, *satius est intacta iura servare quam vulnerata causa remedium quærere*, tienen por mejor que sea removido semejante tutor, que no exponer al pupilo al peligro de quedar en descubierto y al trabajo de conseguir la indemnizacion. (1)

De lo dicho se infiere: que la accion de sospechoso, no es otra cosa que *una acusacion quasi pùblica del tutor ó curador que no ha administrado con fidelidad, á efecto de que sea removido y de que se le imponga la pena correspondiente.* (2) Esta acusacion puede intentarse, ó civil ó criminalmente. En el primer caso conspira solo à que el tutor ó curador sea removido de la adminis-

(1) L. 1. tit. 18. P. 6. (2) Ll. 2. y 4. tit. 18. P. 6.

tracion dando cuenta con pago de los bienes y efectos administrados. En el segundo, à que se le castigue con pena arbitraria.

Siendo quasi pública la acusacion del tutor sospechoso, se infiere claramente que puede hacerla qualquiera del pueblo. (1) No se llama así por que se trate del castigo de un delito que sea pùblico en rigor (pues la malicia é infidelidad de un tutor no tan inmediatamente daña la seguridad de la republica, como la hacienda del pupilo: por lo que mas bien pertenece á las causas privadas) sino que tiene este nombre por que aunque no tengan interés inmediato en esta causa, pueden entablar esta acusacion todos

(1) Dha. l. 2.

los del pueblo. La razon es; por que importa á la republica que los bienes de los huerfanos y desvalídos estén seguros, y al efecto se extiende la facultad de acusar hasta las mugeres, aunque por principios generales de derecho les está prohíbido presentarse en juicio por otros y acusar. No obstante: hay algunas personas que están obligadas à acusar á los tutores sospechosos, de suerte que omitiendolo se harán dignas de reprension. Tales son los parientes inmediatos y principalmente la madre del pupilo. (1) Pero no lo puede hacer el mismo pupilo; por que los impúberes no tienen persona legitima para presentarse en juicio ni por sí ni por otros. Mas siendo

(1) L. 2.

mayor de 14. años puede con consejo y aprobacion de sus parientes acusar à su curador. (1) Finalmente no habiendo quien acuse, y siendo claras las pruebas de la mala conducta del tutor, puede el juez removerlo de oficio, luego que le conste de su mal proceder. (2)

Hemos visto quienes pueden acusar á los sospechosos: siguese decir quienes pueden ser acusados como tales. A esto responderémos segun lo dicho en la definicion *todos los que no cumplen su oficio con la fidelidad y exâctitud debida* ya sean testamentarios dativos y aun legitimos. Esta es la regla en toda su generalidad: pero nuestro derecho especifica algunos casos en

---

(1) Dha. l. 2. (2) L. 3.

los quales los tutores y curadores pueden ser tenidos por sospechosos y removidos de su cargo. Los principales son: 1.° haber sido tutor ó curador de otro huerfano y malversado sus bienes ó enseñadole malas costumbres. 2.° Haberse descubierto despues de nombrados que eran enemigos del pupilo ó de sus parientes. 3.° Negar delante del juez que tienen como subministrarle los alimentos siendo falso. 4.° No haber hecho antes de comenzar la administracion el inventario de los bienes que previene el derecho. 5.° No defender al pupilo y sus bienes así en juicio como fuera de él; y 6.° tambien esconderse y no querer parecer quando supieren que los habían nombrado por tutores ó curadores. (1)

(1) L. 1. tit. 18. P. 6.

No es suficiente para impedir la remocion, que el sospechoso ofrezca fianzas para la seguridad de la tutela. (1) Por que segun diximos yá, mejor es conservar ilesos los bienes, que recobrarlos despues de perdidos. Mas aunque todo lo dicho sea constante en derecho, en la practica no son removidos tan facilmente los tutores legitimos como los demás. La razon es; por que siendo estos los parientes mas proxîmos del pupilo, y haciendose infames por la remocion, esta infamia en cierta manera vendria â redundar en el mismo pupilo, principalmente si su madre ó su tio se declarasen infames. Por tanto para evitar estos inconvenientes, no se suele remover al tutor

(1) Dha. l. 1.

legitimo, sino que se le añade otro con el nombre de curador que administre la tutela. De esta manera se consigue que el legitimo no malverse los bienes, y se le conserve la fama.

El fin de esta acusacion se deduce tambien de la definicion dada. Ordinariamente se intenta para la remocion y para que à arbitrio del juez pague los daños que haya causado al pupilo. (1) El orden que en esto se debe observar es, que luego que se entabla la acusacion y se contesta el pleito por el tutor, se le prohibe la administracion, á lo qual llaman los practicos *suspension.* No se remueve pues desde el principio; por que esta es yá una pena por la

(1) L. 4. tit. 18. P. 6.

qual no se debe comenzar, sino que se le suspende, esto es, se le prohibe la administracion, y se nombra al pupilo un curador interino. (1) Se sigue despues el conocimiento de la causa de la qual aparece, o que no ha obrado mal y entonces se alza la suspension al tutor y se le absuelve, ó que no ha administrado con fidelidad y en este caso se le remueve con infamia ó sin ella. Será removido con infamia, si se le prueba dolo ó culpa lata, y sin infamia si solo culpa leve. (2) De este modo se procede por lo regular. Otras veces es castigado el tutor extraordinariamente: esto se verifica quando aparece del proceso algun delito de mucha gravedad, v. g. que hubiese

(1) L. 3. (2) L. 4.

maquinado contra la vida del pupilo, y entonces se le impondrá la pena correspondiente. Esta acusacion se debe hacer ante el juez del lugar en que el menor tiene sus bienes, ó ante los tribunales supremos de las audiencias por gozar los huerfanos del privilegio llamado *caso de corte.* (1)

Finalmente cesa ó se acaba esta acusacion. 1.º Por muerte del reo, quando la causa no se ha sentenciado. La razon es; por que este juicio tiene por objeto la remocion del tutor con infamia y así se intenta para que se le imponga la pena; y como esta no puede imponerse à un muerto si no es en los casos expresos en derecho, por tante

(1) L. 20. tit. 23. P. 3.

no se continúa la causa si muere el tutor acusado de sospechoso. Es verdad que se deben resarcir al pupilo los daños que se le hayan causado por la mala administracion del difunto; pero estos los puede repetir con la accion de tutela que tiene contra los herederos del tutor, y contra sus fiadores, y los herederos de estos (1) como diximos arriba. 2.° Espira tambien la acusacion quando se concluye el tiempo de la tutela antes de la sentencia, porque el que ya no es tutor, no puede ser removido de un cargo que no exerce. Pero en este caso, como en el antecedente, tiene el pupilo la misma accion de tutela para obligar al que fué su tutor á que le restituya todos

(1) L. 21. tit. 16. P. 6.

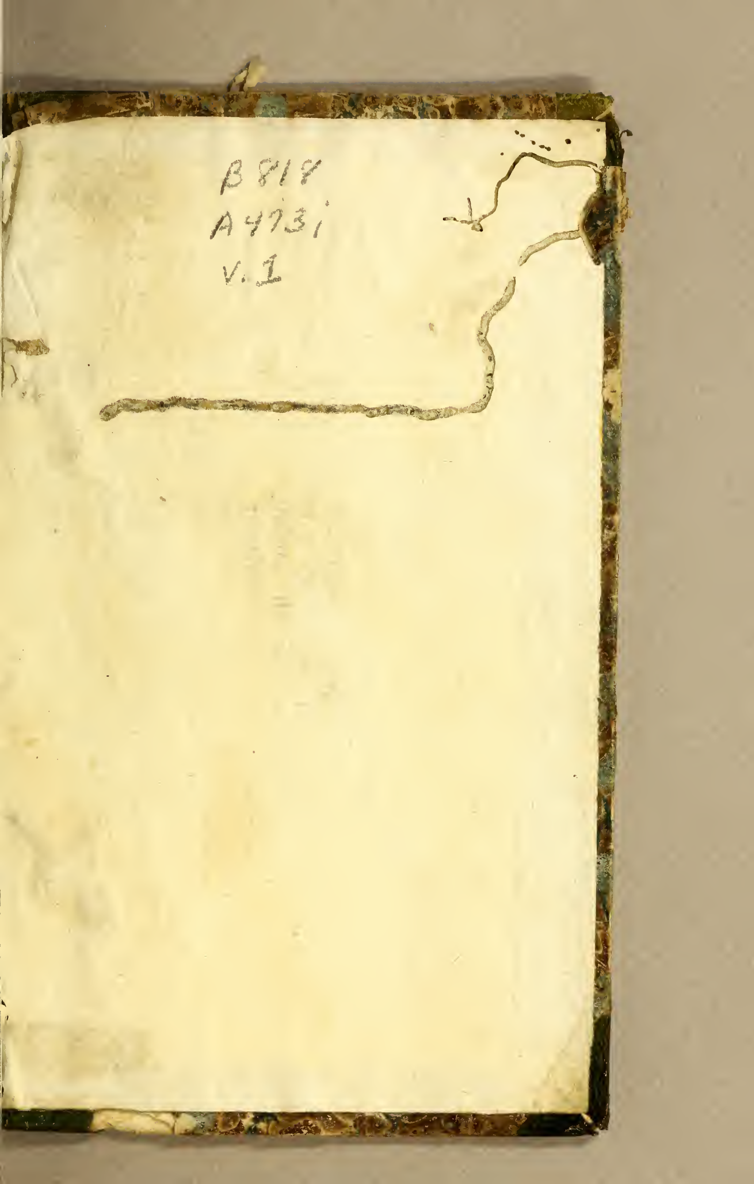
los daños y menoscabos que advierta en su hacienda, yá sean estos ocasionados por dolo culpa lata ó leve cometida en el desempeño de su cargo.

NOTA

Que corresponde al fin del titulo VIII. fol. 156. donde se cita.

Por real cedula de 19. de diciembre de 1817. se prohibe para siempre desde esta fecha à todos los vasallos de S. M. así de la Peninsula como de la America, que vayan á comprar negros en las costas de Africa que están al norte del equador. Y desde el 30. de mayo de 1820. se prohibe igualmente à los mismos que vayan á comprarlos en las costas de Africa que están al sur del equador: bajo la pena de que los negros que fueren comprados en dichas costas sean declarados libres en el primer puerto español à que llegue la embarcacion, y otras que se contienen en la misma cedula.




B818
A473i
V.1


de misioneros
Religiosos
42.
re.
40.